

La Responsabilité Civile des Agents Administratifs

vis-à-vis des

Personnes Morales de Droit Public

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 22 Juillet 1941, à 14 heures

PAR

Veljko NINKOVITCH

MEMBRES DU JURY :

Président : M. ROLLAND, *professeur.*

Suffragants { M. SCELLE, *professeur.*
 { M. SIBERT, *professeur.*

IMPRIMERIE GOUËZ

92, Rue Amelot

PARIS

—
1941

**La Responsabilité Civile
des Agents Administratifs
vis-à-vis
des Personnes Morales de Droit Public**

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

La Responsabilité Civile des Agents Administratifs

vis-à-vis des

Personnes Morales de Droit Public

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 22 Juillet 1941, à 14 heures

PAR

Veljko NINKOVITCH

MEMBRES DU JURY :

Président : M. ROLLAND, *professeur.*

Suffragants { M. SCALLE, *professeur.*
 { M. SIBERT, *professeur.*

IMPRIMERIE GOUËZ

92, Rue Amelot
PARIS

—
1941



INTRODUCTION

La question de la responsabilité des fonctionnaires, que nous allons traiter dans les pages qui vont suivre, nous a paru présenter un caractère d'actualité particulièrement marqué.

Elle nous apparaît sous un double aspect : responsabilité de la puissance publique et ses fonctionnaires envers les tiers, d'une part, et d'autre part, la responsabilité des fonctionnaires envers les personnes morales de droit public.

Le problème de la responsabilité des agents administratifs vis-à-vis des particuliers auxquels ils ont causé des préjudices n'a pas toujours été envisagé de la même façon. L'évolution des conceptions politiques, morales, juridiques, n'a pas été sans répercussions profondes. Suivant l'époque et le régime en vigueur, le fonctionnaire a été traité avec plus ou moins de sévérité. Nous nous efforcerons, dans la première partie de cette étude, de retracer les étapes de la longue et remarquable évolution de la jurisprudence et de la doctrine en ce domaine. Elle a abouti, dans le droit français moderne, à un système organisé, véritable création prétorienne, qui semble désormais solidement établi. Nous avons considéré dès lors comme indispensable d'en indiquer les grandes lignes, avant d'aborder, dans une deuxième partie, le véritable sujet que nous nous sommes proposé.

La responsabilité des fonctionnaires envers les personnes morales de droit public, en effet, n'est pas encore systématisée, bien que la majorité des auteurs s'accordent à reconnaître combien il serait désirable qu'il en fût ainsi. Le développement toujours croissant des services publics, le rôle chaque jour plus important qui leur est attribué a pour conséquence inévitable la multiplication des heurts qui peuvent se produire entre les intérêts administratifs et les intérêts privés. L'évolution des conceptions morales et sociales exige, par ailleurs, que les préjudices que peuvent avoir à subir les particuliers du fait de ces services reçoivent une réparation. L'équité, enfin, réclame qu'en droit public comme en droit privé, ce soit le véritable responsable qui en supporte la charge. Depuis plusieurs années, la doctrine s'est attachée à défendre cette thèse. La jurisprudence, en revanche, maintenait les solutions traditionnelles consacrant l'irresponsabilité des fonctionnaires envers l'administration, en dehors de certains cas bien définis. Toutefois, de nouvelles tendances se font jour. Dans quelques arrêts célèbres, la possibilité d'un recours de la puissance publique contre l'agent fautif a été admise, et divers procédés ont été employés pour lui permettre de s'exercer. Nous aurons à les examiner, en tentant, dans notre conclusion, d'indiquer les solutions susceptibles d'être apportées au problème que nous envisageons. Mais avant d'aborder l'étude de ce problème, sous les deux aspects connexes rappelés plus haut, nous essayerons de définir, dans la présente introduction, la notion même de la responsabilité, notion complexe, qui peut être envisagée sous des points de vue bien différents, dont le contenu varie avec les époques, et qui reflète les influences diverses qui viennent se concrétiser dans les systèmes juridiques du droit positif.

« La responsabilité », écrit M. HAURIOU dans une note

célèbre sous l'arrêt Lepreux (1), « est la première des matières juridiques et la plus importante, c'est une matière centrale ».

C'est là, en effet, une notion capitale, non seulement du droit, sous tous ses aspects, civil, administratif, pénal, mais aussi de la philosophie et de la morale. Autour d'elle vont se grouper tous les éléments qui reflètent l'état d'une civilisation, à un moment donné de son évolution. Aussi, pour l'étudier, peut-on envisager deux méthodes : la méthode inductive, celle des sociologues, qui se livreront à l'examen, non du concept abstrait, mais des faits de responsabilité, dans les sociétés humaines, et qui retrouveront chez tous les peuples, au cours de leur histoire, des applications plus ou moins voisines des mêmes principes; — et la méthode déductive, qui tentera d'analyser la responsabilité en soi, avant d'étudier les diverses formes qu'elle est susceptible de revêtir. Ce sera généralement celle des juristes.

Une matière infiniment complexe va s'offrir à eux car, sous un terme unique, vont rentrer des acceptions bien différentes, et qu'il n'est pas toujours aisé de dissocier. Pour être complète, une définition sera forcément très générale, partant, assez vague. Le terme lui-même de « responsabilité » n'est entré que récemment dans le langage juridique français. MM. MAZEAUD (2), dans leur remarquable traité, notent que cette expression a été probablement empruntée par les philosophes du 18^e siècle à l'Angleterre.

Qu'est-ce donc que la responsabilité? M. FAUCONNET (3) en donne une définition très large : « La responsabilité

(1) C.E., 13 janvier 1899. S. 1900.3.1.

(2) Henry et Léon MAZEAUD: *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, p. 1.

(3) Paul FAUCONNET : *La responsabilité*, p. 11 et s.

est la qualité de ceux qui doivent, l'irresponsabilité de ceux qui ne doivent pas, en vertu d'une règle, être choisis comme sujets passifs d'une sanction » (1). Cette notion de sanction appelle elle-même des distinctions.

Si l'on considère la responsabilité morale, où l'agent doit répondre de ses actes, de ses omissions, ou de ses intentions devant sa conscience, on découvre toujours une idée d'imputabilité, de faute. Ceci « implique le blâme pour celui déclaré responsable, et la sanction se proportionne à la faute » (2).

Il en sera de même en droit pénal, mais, ainsi que nous le verrons par la suite, il importe d'établir une discrimination absolue entre l'idée de faute, au sens de culpabilité, dans l'acception morale ou pénale du mot, et la conception objective de la faute, prise dans un sens très étendu, qui est celle des civilistes.

A ces notions différentes — sur lesquelles nous reviendrons — vont correspondre des « sanctions » différentes. On pourra ainsi distinguer la sanction pénale, et la sanction civile. Dans ce dernier cas, l'étendue de la réparation accordée à la victime du préjudice ne dépend pas forcément de la gravité de la faute commise.

Poussant plus loin l'analyse, DURKHEIM (3) pose la notion de sanction *restitutive* dont la sanction civile n'est qu'une des formes. Le droit commercial, le droit des procédures, le droit administratif et constitutionnel connaissent d'autres sortes de sanctions non pénales. A ces dernières, DURKHEIM oppose les sanctions *repré-*

(1) « La responsabilité civile, dit M. SAVATIER (Traité de la responsabilité civile en droit français, t. I), est l'obligation qui peut incomber à une personne de réparer le dommage causé à autrui par son fait ou par le fait des personnes ou des choses dépendant d'elles ».

(2) DUEZ : *Responsabilité de la puissance publique*, p. 7.

(3) DURKHEIM : *De la division du travail social*, 2^e édition, Paris, F. Alcan, 1902, p. 33.

sives qui « consistent essentiellement dans une douleur infligée à l'agent ».

Dans la responsabilité morale, conception purement subjective, il n'est pas nécessaire qu'il y ait un préjudice causé. L'agent pourra se sentir « responsable » vis-à-vis de sa conscience d'un mensonge, par exemple, qui n'aura causé de tort à personne.

En revanche, dans les autres domaines où va intervenir le concept de responsabilité, tant pénale que civile, ou administrative, il y aura toujours un dommage à réparer (1). C'est la nature de ce préjudice qui va permettre d'opérer tout d'abord une distinction entre ces deux ordres de responsabilité, criminelle et civile. Tandis que la première suppose un préjudice social, la seconde implique un dommage privé. L'histoire va nous montrer l'évolution de cette distinction.

D'abord, tout préjudice subi demandera vengeance. C'est la fameuse loi du talion, « œil pour œil, dent pour dent ». Nous la retrouverons chez tous les peuples, et l'étude des sociétés primitives nous en fournit d'abondants et souvent curieux exemples.

Peu à peu se fait jour l'idée non plus de revanche exercée sur le coupable ou sur ses proches, mais celle moins barbare de rançon, de composition, d'abord volontaire, puis légale, — la *pœna* — du Droit romain qui, au début, ne constitue pas la réparation du dommage, mais la rançon de la vengeance privée à laquelle la loi soustrait l'auteur du délit. Ce n'est que plus tard que l'Etat se chargera d'appliquer une peine — au sens moderne du mot — pour les délits les plus sérieux. Une discrimination va s'opérer bientôt entre les délits publics,

(1) Dans la tentative, le dommage n'est pas accompli, mais il est virtuel, en puissance dans l'individu qui s'en est rendu coupable.

sanctionnés par la puissance publique, et les délits privés pour lesquels elle se borne à fixer la composition. Dès lors, la victime ne demande plus vengeance mais réparation, et deux responsabilités distinctes vont s'établir : civile et pénale. « Le jour où l'action répressive passa des mains de la victime aux mains de l'Etat naquit l'action en dommages-intérêts » (1). Dans le Droit romain, il y a déjà deux actions différentes, la *poena*, qui est une composition pécuniaire, et la *res*, indemnisation du préjudice subi par la victime.

Dans le droit moderne, ces deux éléments, la répression et la réparation, sont complètement distincts.

Le droit pénal va s'attacher surtout à la recherche de l'intention coupable, c'est ainsi qu'il punit avec la même rigueur la tentative et le crime accompli.

Au contraire, le droit civil est objectif, et n'a en vue que la réparation du dommage, sans tenir compte des intentions de l'auteur. En conséquence, il faudra, en droit criminel, un texte précis pour qu'une sanction puisse être infligée, « *Nulla poena sine lege* », tandis que le droit civil prévoit une réparation dans tous les cas où se trouveront les éléments nécessaires. En droit romain, il n'y avait que des délits nommés. En droit français, la formule de l'article 1382 est conçue de façon très générale : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause un dommage à autrui... ».

Il convient de noter, d'ailleurs, qu'un acte peut constituer un délit civil sans être un délit pénal, et réciproquement, ou bien il peut y avoir coexistence des deux responsabilités, civile et pénale. Dans ce cas, la victime disposera de deux actions.

Quant à la nature du préjudice qui demande répa-

(1) MAZEAUD, op. cit., t. I, p. 33.

ration, une évolution parallèle va se poursuivre. Partant du dommage physique ou matériel, on est arrivé à l'idée de réparation d'un préjudice moral.

En effet, il est équitable d'accorder une indemnité à l'individu atteint dans son honneur ou sa réputation, ou dans ce que le droit d'auteur appelle « le droit moral » que l'écrivain ou l'artiste possède sur son œuvre, et cela non seulement parce que ces atteintes peuvent avoir pour la personne lésée des conséquences dommageables au point de vue pécuniaire, mais aussi parce qu'un tort a été commis et qu'en bonne justice il exige réparation. Il y aura lieu, bien entendu, de faire intervenir de nombreux éléments pour évaluer le préjudice. La jurisprudence a ainsi accordé des dommages-intérêts tendant à compenser le « *pretium doloris* », ou à réparer une douleur morale. Et l'on a critiqué de tels arrêts, en prétendant qu'il était impossible de compenser par une indemnité en argent un dommage de cet ordre. Pourtant, ainsi que le remarquent justement MM. COLIN et CAPITANT (1), « il serait encore plus choquant qu'aucune réparation ne vint compenser la perte, l'outrage, le trouble moral subis par le demandeur. Si l'arbitraire du juge est toujours un danger, le refus de toute sanction contre le mal souffert par le fait d'autrui serait une injustice criante. Faute de mieux, l'argent sert dans la vie à panser bien des blessures, bien des souffrances ».

Dans ce domaine, la jurisprudence administrative accorde des réparations pour les atteintes portées à la liberté individuelle, à la réputation, au droit moral de l'auteur, mais — et en cela le Conseil d'Etat se montre plus sévère que les tribunaux civils — en cas d'accident

(1) COLIN et CAPITANT : *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, p. 302.

mortel, elle n'admet pas les dommages-intérêts tendant à indemniser un sentiment purement moral.

En dépit de son objectivité, la formule de l'article 1382 comprend un facteur subjectif : l'auteur responsable du dommage est celui *par la faute* duquel il est arrivé.

Ce terme de faute doit être compris, nous le répétons, de façon très large. En droit pénal, l'appréciation en sera faite *in concreto*, par rapport à un individu déterminé, cependant qu'en droit civil, elle aura lieu *in abstracto*, par rapport à une notion abstraite, celle de l'homme qui agit avec une diligence normale, le *paterfamilias*. Cette conception variera suivant l'époque et d'après les circonstances de la cause ; il y aura lieu de tenir compte de toutes les circonstances dans lesquelles se trouvait placé l'auteur du préjudice lorsqu'il l'a commis.

La conception de la faute a subi, elle aussi, une évolution remarquable. Chez les peuples primitifs, et même dans un droit aussi évolué que le droit français du 17^e siècle, on voit la sanction s'appliquer à des sujets qui nous paraissent aujourd'hui incapables de subir une peine : enfants, fous, animaux, cadavres (Cf. de nombreux exemples dans FAUCONNET, op. cit.). Par contre, en droit moderne la faute suppose essentiellement une volonté libre.

Comme la responsabilité, la faute se montre rebelle à une définition précise. M. PLANIOL (1) en a donné une célèbre : la faute, dit-il, c'est « le manquement à une

(1) « La faute, dit à son tour M. SAVATIER (Op. cit., t. I, p. 5), est l'inexécution d'un devoir que l'agent pouvait connaître et observer ; s'il le connaissait effectivement et l'a délibérément violé, il y a délit civil, ou en matière de contrat, dol contractuel. Si la violation du devoir, tout en pouvant être connue et évitée, a été involontaire, il y a faute simple, et en dehors des matières contractuelles, on l'appelle quasi-délit. »

obligation préexistante » (1). Si on adopte cette définition, on sera amené à rechercher quelle obligation, dans un cas donné, a été violée. Cette imprécision tient à la nature même de la responsabilité, dont le champ d'application n'est pas délimité. Parfois, comme dans le Code de la route, la loi a fixé l'étendue de l'obligation. Mais ce cas est rare. Le plus souvent, il y aura lieu d'effectuer une distinction entre la faute intentionnelle et la faute non intentionnelle. La faute non intentionnelle, dit M. MOREL (2), « c'est l'acte de négligence ou d'imprudence que ne commettrait pas un homme d'une diligence normale vivant à l'époque où la question se pose devant les tribunaux, et placé dans les mêmes conditions que l'auteur du fait dommageable » (3). Les juges du fond ont, à cet égard, un souverain pouvoir d'appréciation.

Les recherches de droit comparé montrent que la conception traditionnelle de la responsabilité basée sur la faute est la plus répandue. Le contenu de cette idée varie suivant les divers pays, toutefois il s'agit généralement d'une faute objective (4).

En général, on le sait, le fardeau de la preuve de la faute est à la charge de la partie qui se prétend lésée. Certaines situations se présentent, toutefois, où d'autres règles sont appliquées, et c'est là le résultat d'une évolution juridique particulièrement intéressante. Nous assistons de nos jours à une tendance consistant à rendre le droit civil de plus en plus objectif, et la responsabilité

(1) M. PLANIOL: *Traité élémentaire de Droit civil*, 11^e édit., t. II, p. 302.

(2) MOREL: D'après Rép. écrites de Droit civil, 1939/40, p. 390.

(3) « En réalité, dit M. SAVATIER (Op. cit., p. 8), la définition qui détermine la faute par comparaison avec la conduite d'un homme diligent n'est exacte que si on suppose la diligence de ce dernier tournée vers l'observation de ses devoirs. »

(4) TROTABAS : *La responsabilité de l'Etat en droit interne*. Revue de droit public. 1932, p. 679 et s.

va se trouver souvent engagée sans qu'une faute ait été démontrée. Ceci « repose essentiellement sur l'idée que l'élément déterminant de la responsabilité c'est le préjudice, si bien que l'imputabilité peut se construire directement sur l'existence du préjudice, dès qu'une relation de cause à effet permet d'en attribuer la responsabilité à un agent » (1).

Ce changement correspond aux profondes transformations sociales qui ont marqué la fin du 19^e siècle. Elles sont trop présentes à tous les esprits pour que nous nous y arrêtions : développement prodigieux du machinisme, intensification de la vie urbaine, essor de l'industrie allaient créer des conditions de vie nouvelle nécessitant l'application de nouvelles règles. Les textes du Code, adaptés aux besoins de l'époque de l'Empire, allaient se révéler impuissants à faire face à des contingences toutes différentes. Par exemple, les risques d'accidents, pour les ouvriers des grandes entreprises modernes, se sont accrus dans une telle proportion qu'il eût été souvent inique de laisser à la victime l'obligation de fournir la preuve d'une faute souvent impossible à établir. Un sentiment de justice militait impérieusement en faveur d'une réglementation nouvelle : ce fut, sur ce point particulier, la fameuse loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail, qui réalise un transfert du fardeau de la preuve et consacre, en édictant une responsabilité sans faute, la théorie du *risque*.

M. ESMEIN en a résumé le principe de façon très heureuse dans une note sous Cassation 12 avril 1898 (2) :

« Toute personne qui, pour atteindre un but quelconque, emploie des moyens qui peuvent faire courir un risque, offrir un danger, soit pour elle-même, soit

(1) TROTABAS : loc. cit.

(2) S. 1898.1.65.

pour d'autres, doit prendre à sa charge la responsabilité du dommage qui peut être causé. Devant avoir les profits de l'entreprise, modiques ou considérables, elle doit subir les pertes inhérentes aux procédés employés. Et cela, alors même qu'il n'y aurait aucune faute proprement dite à lui reprocher... ».

On aperçoit la route parcourue : dans les sociétés primitives, où la population est restreinte et les dangers mécaniques nuls, l'idée de risque n'a pas à intervenir : la victime supporte seule le poids de la fatalité. Plus tard, ce sera une formule générale, telle que celle énoncée par l'art. 1382 C.C. qui viendra assurer la réparation du préjudice causé, en cas de faute que le demandeur doit prouver. L'évolution se poursuit par l'établissement de présomptions de responsabilité. Enfin, la théorie du risque, définie plus haut, fait apparaître une responsabilité sans faute.

Pour M. HAURIU (note sous arrêt Lepreux, précité), la théorie des fautes correspond à un état social donné; l'activité du *paterfamilias*, en Droit romain, est limitée à une entreprise modeste, qu'il est capable normalement de surveiller par lui-même. Au Moyen-Age, les entreprises ne sont pas encore importantes. Mais, « il est évident que la grande entreprise est incompatible avec la théorie des fautes », car cette théorie repose sur la notion d'un homme dirigeant sa propre exploitation avec la plus grande diligence, tandis que les entreprises modernes, de grande envergure, sont le plus souvent organisées sous forme de sociétés d'actionnaires.

D'autres procédés sont employés pour établir une responsabilité sans faute. Nous ne ferons que les signaler, rappelant, d'une part, la théorie de l'abus des droits et, d'autre part, la tendance récente à transformer la responsabilité délictuelle en responsabilité contractuelle, dont la jurisprudence a surtout fait l'application

aux médecins (1), ou encore l'introduction, dans certains contrats, d'une obligation de sécurité à la charge d'une des parties (dans le contrat de transport, par exemple).

On assiste donc à une « socialisation » de la responsabilité et aussi à ce que M. JOSSEMAND appelle une « collectivisation » de la responsabilité, par l'extension, notamment, du procédé de l'assurance.

Nous aurons à revenir sur certains de ces points, à propos de la question qui nous occupe essentiellement.

Ceci nous amène à la responsabilité des personnes morales. Et le point de vue que l'on adoptera à leur égard dépendra de la conception qui va prédominer.

« Les jurisconsultes », note M. FAUCONNET (2), « suivant la tradition romaine, enseignaient, jusqu'à ces dernières années, que les personnes morales sont des fictions juridiques et ne sauraient, comme telles, se rendre coupables de délits. Ils approuvaient donc la loi et la jurisprudence qui ne les déclare jamais pénalement responsables. Mais la théorie de la fiction est désormais insoutenable. Nous sommes aujourd'hui tout pénétrés de cette idée que les groupes sociaux ont une conscience, donc une personnalité et une volonté distinctes de celles de leurs membres. Il n'y a donc aucune raison théorique pour qu'on leur refuse l'aptitude à délinquer. Et comme, d'autre part, les associations de toute nature ont repris, dans les sociétés contemporaines, un rôle important, il est de plus en plus nécessaire de reconnaître, comme contrepartie à la liberté et aux droits toujours plus étendus que nous leur accordons, leur responsabilité pénale » (3).

(1) Cf. Cass., req. 15 juin et 1^{er} juillet 1937, S. 1938.I.5-6.

(2) Op. cit., p. 339.

(3) Cf. MESTRE : *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, Paris 1899, pp. 275 et ss.

Résumant les tendances juridiques modernes, l'éminent sociologue ajoute :

« La responsabilité personnelle, tant du criminel que de l'honnête homme, n'est plus traitée comme un absolu. Elle se prolonge dans une responsabilité collective de la famille, de la corporation, surtout de la société politique... La responsabilité strictement personnelle est comme la dernière valeur positive d'une responsabilité qui tend à devenir nulle... Dans la crise qu'a traversée le droit pénal au 19^e siècle, dans le conflit des doctrines, c'est bien la question de la disparition de la responsabilité qui est ouverte » (1).

Il est évident que l'irresponsabilité des personnes morales aboutirait, dans la pratique, à des solutions très choquantes. De puissantes sociétés, disposant de capitaux importants, seraient libérées de toute réparation à l'égard des personnes lésées, tandis que l'auteur personnel du dommage peut se trouver insolvable.

On a proposé d'établir une distinction entre les *préposés* des personnes morales privées, qui leur sont attachés par un lien de subordination, et les *organes* qui sont habilités à représenter la personne morale, mais ne sont pas ses subordonnés, tels que le liquidateur, le syndic de faillite (2) ou encore les administrateurs, l'assemblée générale.

Trois sortes de responsabilité entreraient alors en jeu : la responsabilité directe de la personne morale à raison des actes délictueux commis par ses organes, en vertu de l'art. 1382 C. civ., si ces actes ont été commis au nom de la personne morale (3); — sa responsabilité indirecte

(1) Op. cit., pp. 343-344.

(2) Req. 19 nov. 1935, D. 1936.1.113. Note HARDOIN; S. 1936.1.329, note LESCOT.

(3) Paris, 28 janvier 1938. D.H. 1938, 138.

pour les actes de ses préposés (art. 1384); — et enfin, la responsabilité personnelle de l'organe responsable du préjudice (1), qui est solidaire de celle de la personne morale vis-à-vis des tiers (2).

La théorie du risque constitue la base théorique sur laquelle repose actuellement la responsabilité du commettant pour le fait de son préposé, telle qu'elle est édictée par l'article 1384 C. civil.

Pour justifier la mise à la charge du commettant d'une responsabilité civile pour une faute qu'il n'a pas effectivement commise, la doctrine a tout d'abord fondé cette responsabilité, comme en droit romain, sur la *culpa in eligendo*, le mauvais choix que le commettant a fait de son préposé, ou encore sur un défaut de surveillance.

Il semble qu'actuellement les auteurs préfèrent adopter, comme base de cette responsabilité, l'idée de risque, mais certaines conditions doivent être remplies. Il faut, en premier lieu, qu'il y ait un rapport de préposition, c'est-à-dire, un lien de subordination entre le commettant et son préposé. Il faut, en d'autres termes, que le commettant exerce une autorité sur le préposé, puisse lui donner des ordres. Le domaine de la préposition est conçu par la jurisprudence dans un sens très large. En ce qui concerne les personnes morales, on peut rappeler, à ce propos, la distinction mentionnée plus haut entre les organes et les préposés. — En second lieu, il est nécessaire que le préposé ait commis une faute et cela dans l'exercice de ses fonctions. Là encore, la jurisprudence donne à ce terme une interprétation extensive. Enfin, il faut que le commettant emploie lui-même le préposé. S'il y a un autre commettant, si le préposé a

(1) V. réf. dans SAVATIER, p. 261, et notamment : Montpellier, 20 févr. 1908, D. 1909.5.7; S. 1909.2.249, note MESTRE.

(2) Req. 20 janv. 1902; Req. 9 mai 1905.

été prêté à une autre personne, il peut y avoir lieu à un transfert de responsabilité.

Il est à noter que la jurisprudence administrative se montre, en général, hostile à l'application de l'article 1384. Nous aurons à revenir sur ce point, en étudiant plus spécialement la responsabilité des agents administratifs. Nous verrons qu'au cours du développement de cette jurisprudence, les conceptions civilistes ont, durant un temps, été appliquées. Mais bientôt, « une conception originale, libérée de tout appui pris dans le droit civil, se forme progressivement dans le cadre juridique de la faute et complémentirement dans celui du risque et de l'enrichissement sans cause » (1).

Il est vrai que la Chambre criminelle de la Cour de Cassation continue à faire appel à l'article 1384. Par ailleurs, certains rapprochements s'imposent entre les solutions administratives et civilistes : nous nous bornerons à citer le droit de recours, d'ailleurs partiel, du civilement responsable contre le préposé, et les procédés employés par le Conseil d'Etat pour fournir à l'Administration une action récursoire contre son agent. Tous ces points feront l'objet d'un examen ultérieur. Il n'en reste pas moins que la jurisprudence administrative a maintenu fermement l'attitude qu'elle adoptait déjà en 1855 (arrêt Rothschild) et qu'elle formulait de façon particulièrement précise dans le célèbre arrêt Blanco du 1^{er} février 1873. « Considérant », dit cette décision notamment, «...que la responsabilité qui peut incomber à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil...».

(1) DUEZ : *La responsabilité de la puissance publique*, 1938, p. 13.

Si nous tentons de résumer, de façon très générale, les tendances de la jurisprudence en matière de responsabilité civile, nous constaterons le maintien, comme base, de la notion de faute. Toutefois, on peut noter, dans des arrêts récents (arrêt Jandheur, Cass. 13 février 1930.D.1930.1.57; S.1930.1.121) l'apparition d'une « présomption de responsabilité » qui s'écarte quelque peu des solutions traditionnelles. Quant à la jurisprudence administrative, elle présente un caractère profondément original. D'essence prétorienne, recherchant avant tout les solutions d'équité, elle a subi une lente et remarquable évolution dont nous nous efforcerons de retracer les étapes dans les pages qui vont suivre.

En esquisant un tableau d'ensemble de la responsabilité civile de la puissance publique et de ses agents, nous serons amenés à examiner successivement les conditions nécessaires pour que la responsabilité des personnes morales de droit public entre en jeu. Quant à la responsabilité des fonctionnaires, après avoir rappelé les différents systèmes que l'on peut concevoir et l'application qui en a été faite au cours de l'histoire du Droit français, nous étudierons plus spécialement les règles qui gouvernent, à l'heure actuelle, cette responsabilité, en ce qui concerne la distinction établie par la jurisprudence et la doctrine entre la faute personnelle et la faute de service, et la possibilité d'un cumul de la responsabilité de la personne morale et de son agent.

Dans une deuxième partie, nous aborderons l'étude de notre sujet principal, c'est-à-dire, la responsabilité pécuniaire des agents administratifs envers les personnes morales de droit public. Après avoir indiqué brièvement les données du problème qui se pose, ainsi que la nature des liens rattachant le fonctionnaire au service, nous rappellerons, d'une part, les dispositions légales prévoyant une responsabilité civile des agents, et, d'autre

part, les différentes étapes parcourues par la jurisprudence, et les solutions adoptées par elle en l'absence de textes.

Enfin, nous examinerons les procédés susceptibles d'être proposés pour résoudre ce problème particulièrement délicat du Droit administratif.

PREMIÈRE PARTIE

APERÇU
SUR LA RESPONSABILITÉ CIVILE
DE LA PUISSANCE PUBLIQUE
ET DE SES AGENTS

CHAPITRE I^{er}

RESPONSABILITÉ CIVILE DES PERSONNES MORALES DE DROIT PUBLIC

Pendant très longtemps, l'Etat fut considéré comme irresponsable des dommages que les particuliers pouvaient subir à raison de l'activité des divers services publics. La question qui se pose à présent est de savoir si, et dans quelles conditions, ces dommages seront réparés.

Il convient de laisser de côté tout ce qui se rapporte à une responsabilité contractuelle de la personne publique, car ce sont des règles découlant directement de l'obligation existant entre les parties qui vont être applicables. La matière qui nous occupe est celle de la responsabilité administrative en général.

Les recherches de droit comparé montrent dans la plupart des pays une évolution semblable.

Tout d'abord, en vertu du principe de la souveraineté de la puissance publique, son irresponsabilité apparaît absolue. La notion de la responsabilité semble incompatible avec celle de l'Etat tout puissant. Mais peu à peu se dégage une autre conception de la puissance publique. Elle apparaît comme un ensemble de services publics, consacrés aux intérêts de la collectivité. On considère que « étant la plus puissante, l'Etat doit être la plus morale des personnes morales. La plus morale, et partant, la plus responsable » (1).

Aussi voit-on apparaître une responsabilité de la personne de droit public, tout d'abord pour les dom-

(1) LUCHET : *L'arrêt Blanco*, Thèse Nancy, 1935, p. 264.

mages causés à l'occasion de l'exercice de son activité patrimoniale.

Dans une deuxième phase, l'Etat endosse la responsabilité de ses agents assurant une activité publique. « Ce second stade ne fait que transposer les formules ordinaires de la responsabilité civile, la responsabilité patrimoniale de l'Etat correspondant à son activité de droit privé, et la responsabilité indirecte à raison des actes des agents publics étant une application de la responsabilité du commettant à raison des actes de son préposé. Mais cette formule peut être, à son tour, dépassée, et l'on tend alors vers un troisième stade, qui réalise définitivement la responsabilité de droit public. Celle-ci se manifeste par deux caractères très différents: d'abord, la responsabilité de l'Etat s'étend largement des actes patrimoniaux aux actes de puissance publique; d'autre part, elle devient une responsabilité *directe*, bien qu'engagée du fait des agents, dès que ceux-ci sont considérés comme les organes de l'Etat et non plus comme ses préposés » (1).

En Droit français, sous l'ancien régime, le souverain est irresponsable. « La Constituante transporta, on le sait, à la Nation la souveraineté appartenant au monarque. Par là même, l'Etat, personnification juridique de la Nation, demeura irresponsable » (2). Cependant, l'Assemblée pose le principe que la propriété est un droit inviolable et sacré dont nul ne peut être privé sans indemnité. En outre, elle déclare (art. 13 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen) que tous les citoyens sont égaux devant les charges des services publics. Les préjudices qu'ils peuvent subir du fait de ces

(1) TROTABAS : *La responsabilité de l'Etat en droit interne*, R.D.P. 1932, p. 679 et s.

(2) ROLLAND : *Précis de Droit administratif*, n° 402.

services vont donc ouvrir un droit à réparation. Ceci va constituer le point de départ d'une évolution bouleversant le régime antérieur.

Pendant un certain temps, la doctrine a distingué parmi les actes accomplis par la puissance publique, ceux qui constituent des actes d'autorité, dont la puissance publique est absolument irresponsable, en l'absence d'une disposition législative, et les actes de gestion, dont la puissance publique peut être appelée à répondre. Cette distinction n'est plus en faveur aujourd'hui. « La vérité, c'est qu'en effet il n'y a pas, dans la gestion des services publics proprement dits, d'actes dont on puisse dire qu'ils soient dans leur ensemble accomplis dans les conditions où les particuliers agissent pour la gestion de leurs propres affaires » (1).

On peut, toutefois, maintenir une certaine délimitation entre les actes accomplis par l'Etat dans son activité patrimoniale, et ceux qu'il effectue en qualité de puissance publique.

Parmi les divers pays, cette responsabilité de la puissance publique est conçue de façons différentes, que l'on peut classer sous les deux chefs suivants : irresponsabilité de principe, comportant des exceptions; ou responsabilité de principe, admettant des limitations (2).

En droit français, aucun texte ne prévoit une responsabilité générale de l'Etat. En fait, le système appliqué en cette matière est tout entier l'œuvre jurisprudentielle du Conseil d'Etat.

Quel va être le fondement juridique de cette responsabilité ? Certains auteurs, et aussi certains arrêts, anciens pour la plupart (3), ont voulu appliquer à l'Etat les règles

(1) *id.*, p. 59.

(2) TROTABAS, *loc. cit.*

(3) Cass. 1^{er} avril 1845, S. 45.1.363; — Cass. civ. 19 décembre 1854, S. 1855.1.266. — Cf. CHARDON.

du droit commun. L'Etat étant considéré comme un commettant et l'agent comme son préposé, c'est la responsabilité édictée par l'art. 1384 qui va être mise en jeu. Le Conseil d'Etat s'est formellement opposé à cette interprétation (1).

Dans ses conclusions sous l'arrêt Lemonnier, le Commissaire du Gouvernement, M. Léon Blum, déclare :

« L'état actuel du droit est, par conséquent, l'irresponsabilité de principe du service. Et, par suite, cette responsabilité de l'Etat et des autres personnes publiques n'est, à aucun degré, celle de l'art. 1384 du Code civil. Ce n'est pas comme patron, comme employeur que les personnes publiques sont responsables. La responsabilité du patron est une responsabilité de garantie, une responsabilité secondaire, qui suppose nécessairement la responsabilité principale du préposé, auteur du dommage. Or, précisément, les jurisprudences combinées du Tribunal des Conflits et du Conseil d'Etat excluent, en principe, la responsabilité principale de l'agent pour faute de service. »

La Chambre criminelle de la Cour de Cassation demeure cependant attachée, nous l'avons vu, à l'application de l'article 1384 (2), mais la doctrine est vivement opposée, dans son ensemble, à cette façon de voir et adopte le point de vue du Conseil d'Etat.

On peut donc considérer que la responsabilité de la puissance publique présente, en Droit français, un caractère tout à fait original. « La responsabilité de l'Etat, déclare le célèbre arrêt Blanco, n'est ni générale, ni

(1) C.E. sur conflit, 6 décembre 1855, Rothschild, Rec. p. 707; Arrêt Blanco, Trib. confl. 1^{er} février 1873. Suppl., p. 61.

(2) Arrêt Mélinette (Trib. confl., 11 juillet 1933, S. 33.3.97, note ALIBERT; — D. 33.3.65, note BLAEVOET. Rev. Dr. P. 1933, p. 426, note JÈZE; Gaz. Trib. 18 octobre 1933, note A. HOUEL.

absolue. Elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés. »

Dans ce système particulier, le droit à indemnité de la partie qui se prétend lésée repose parfois sur un texte, parfois seulement sur les principes d'équité qui guident le Conseil d'Etat.

Les principaux textes établissant la responsabilité de l'Etat dans des cas déterminés sont les suivants :

En matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789; — la Constitution du 3 septembre 1791; l'article 545 du Code civil.

En matière de dommages causés par les travaux publics, l'article 4 de la loi du 28 Pluviôse an VIII.

En ce qui concerne les dommages causés par le voisinage des champs de tir, la loi du 27 avril 1901.

Pour la responsabilité en cas d'émeutes, les articles 106 et suivants de la loi du 5 avril 1884 modifiée par la loi du 16 avril 1914.

En matière de transport de correspondance, les lois des 5 Nivôse an V, 29 novembre 1850, 4 juin 1859, 21 décembre 1897.

En matière de dommages causés aux tiers par des accidents survenus dans les établissements de l'Etat et les établissements privés travaillant pour la défense nationale, la loi du 9 mai 1921.

Les lois des 22 août 1791, 1^{er} Germinal an XIII, et autres, concernant la responsabilité de l'Etat lorsque l'Administration des Douanes ou des Contributions indirectes a effectué une saisie mal fondée.

Par ailleurs, en dehors des textes, lorsque les personnes morales de droit public agissent dans le cadre du droit privé, on leur applique les même règles que s'il

s'agissait de personnes morales de droit privé (1). Il s'agit alors de ce que l'on appelle la *gestion privée*. M. HAURIOU en a donné la définition suivante : « Il y a gestion privée lorsqu'une administration accomplit une opération dans les mêmes conditions qu'un simple particulier, en se soumettant aux règles du droit privé et en faisant abstraction des droits et prérogatives spéciaux, exorbitants du droit commun, qu'elle tient de la puissance publique (2) ».

Cette théorie sera appliquée en cas de dommages résultant de la gestion du domaine privé (3), ou de dommages causés par des services publics administrés suivant le procédé de la gestion privée (4).

« Dans des cas assez nombreux, le Conseil d'Etat a senti la nécessité d'accorder à la victime du dommage une indemnisation, alors que la faute du service public était impuissante à conduire à ce résultat; il a alors utilisé le système de la responsabilité pour risque : ce dernier apparaît ainsi, dans le développement jurisprudentiel, comme un système complémentaire destiné à combler, pour certains cas, les insuffisances du système fondé sur la faute du service public (5). »

Ce système présente un très grand intérêt pour la partie lésée qui n'a plus à faire la preuve d'une faute de l'Administration ou de l'agent, mais seulement d'un préjudice subi du fait du fonctionnement d'un service public.

La responsabilité de la puissance publique pourra se

(1) Confl. 20 mai 1882. D.83,3.115; — Civ. 12 juin 1901. D.1902.1.372; — Civ. 3 avril 1905. D.1909.1.91; — Civ. 15 janvier 1906, D.1909.1.91; — Req. 2 juillet 1929. S.1930.1.21.

(2) HAURIOU : *Précis de Droit administratif*, 12^e éd. 1933, p. 1064.

(3) V. DUEZ : op. cit., p. 268 et s. — Cass. 23 juillet 1935, D.H. 1935, p. 558.

(4) *ibid.*

(5) DUEZ : op. cit., p. 59.

trouver alors engagée, non en cas de force majeure, mais même par le cas fortuit qui constitue, selon l'expression du doyen HAURIU, « une faute de service qui s'ignore » (1) : la cause de l'accident est, en effet, inconnue, mais il se peut qu'elle soit contenue dans l'acte que l'on retrouve à l'origine de l'accident.

Pour qu'entre en jeu cette responsabilité, le Conseil d'Etat exige, note M. DUEZ, que deux conditions soient remplies : le préjudice doit être *spécial* à un individu, et *anormal*. Ces exigences ont pour but de restreindre les cas où l'Administration pourra encourir une responsabilité. Elle ne peut, en effet, couvrir les risques généraux auxquels sont exposés tous les individus, ni ceux qui ne présentent pas un caractère exceptionnel. Cela entraînerait de trop lourdes charges pour la collectivité, et le doyen HAURIU a insisté sur ce point (2). Toutefois, il semble que l'on doive s'en remettre à la prudente sagesse de la haute juridiction administrative.

Nous avons vu que des textes positifs assurent l'allocation d'indemnités pour les dommages subis par la propriété privée du fait des travaux publics, notamment en matière d'expropriation. Mais, en dehors des cas prévus par les textes législatifs et les articles du Code civil, la propriété peut encourir des risques exceptionnels de voisinage. Le Conseil d'Etat a voulu en assurer la réparation. A cet effet, il a édifié un système original, qui prévoit une indemnité lorsque le préjudice présente certains caractères :

Il doit être *matériel*. La matérialité du dommage s'entend de façon extensive et comprend aussi une diminution de valeur ou une privation de jouissance.

(1) HAURIU : sous C.E. 10 mai 1912, Ambrosini, S.1912.III.161.

(2) Note au S. 1919.III.25.

Il doit être *permanent*, ou tout au moins d'une certaine durée.

Il doit enfin, nous l'avons dit, être *spécial* et *anormal*.

« Les dommages résultant des travaux publics sont des accidents, dit M. HAURIUO dans une note sous C.E. 13 janvier 1899, parce que, entraînant des pertes pécuniaires spéciales au détriment de certains propriétaires voisins de l'ouvrage public, ils rompent l'égalité qui doit régner devant les charges publiques. »

Le Conseil d'Etat a fait application de la théorie du risque exceptionnel de voisinage dans un arrêt célèbre Regnault-Desroziers (1). L'explosion d'un stock de grenades, dans la banlieue parisienne, ayant causé des dommages aux immeubles voisins, le Conseil d'Etat accorda aux propriétaires une indemnité, considérant que les opérations effectuées dans le fort où les grenades étaient entreposées « comportaient des risques excédant les limites de ceux qui résultent normalement du voisinage et que de tels risques étaient de nature, en cas d'accident survenu en dehors de tout fait de guerre, à engager, indépendamment de toute faute, la responsabilité de l'Etat ».

Cet arrêt, dit M. DUEZ (2), « marque un tournant dans l'histoire de la responsabilité administrative ».

Un arrêt en date du 26 mars 1920 (3) a jugé de façon identique.

Dans l'affaire Colas, 21 mai 1920 (4), un matelot ayant été tué par l'explosion du cuirassé « Liberté » dont les soutes étaient anormalement bourrées d'explosifs, le

(1) R.D.P. 1919, p. 239; D. 1920.III.6, note APPLETON; S. 1919. III.25, note HAURIUO.

(2) Op. cit., p. 79.

(3) Cie P.L.M., Rec. p. 354.

(4) R.D.P. 1920, p. 406.

Conseil d'Etat consacre cette nouvelle jurisprudence et considère que la responsabilité de l'Etat est engagée.

Plus récemment (1), dans une affaire où, le maire de Marseille ayant fait brûler un immeuble contaminé, l'incendie s'était propagé à un immeuble voisin, la haute juridiction administrative a accordé une indemnité tout en reconnaissant qu'aucune faute n'avait été commise.

Un autre arrêt très important (2) considère qu'un colon établi en Tunisie, à qui l'Administration refusait systématiquement de prêter main-forte pour faire exécuter un jugement, était fondé à demander réparation du préjudice qu'il avait subi de ce fait, bien qu'aucune faute ne pût être reprochée à l'Administration qui s'était conformée à la raison d'Etat. Une situation analogue s'est présentée à propos des occupations d'usines en 1936 (3).

Par ailleurs, dans les rapports entre la puissance publique et ses employés, un arrêt célèbre et déjà ancien avait inauguré l'application jurisprudentielle du risque administratif : le Conseil d'Etat avait, en effet, alloué une indemnité à un ouvrier d'arsenal blessé dans un accident du travail, sans qu'il y ait eu faute de part ni d'autre. Depuis, la loi de 1898 est venue réglementer ce domaine et ôter de l'intérêt à cette jurisprudence, sauf au point de vue historique. Quelques applications, dans des cas particuliers, se retrouvent cependant encore à propos des indemnités accordées pour brusque congédiement à la suite d'une suppression d'emploi (4).

La jurisprudence consacrant la théorie du risque administratif a été accueillie par la doctrine de façons diverses. Si le doyen HAURIOU, après en avoir été partisan,

(1) WALTHER : C.E. 24 décembre 1926, S. 1927.III.35.

(2) COUTTÉAS : C.E. 30 novembre 1934, Rec. p. 789.

(3) Cf. C.E. 3 juin 1938 (4 arrêts), S. 1939.3.9.

(4) V. DUEZ : op. cit., p. 76 et la jurisprudence en note.

lui a opposé d'assez vives critiques, par contre, le Professeur JÈZE l'approuve pleinement (1).

Pour M. DUEZ, cette jurisprudence constitue une application des règles d'équité dont s'inspire le Conseil d'Etat, tout en ménageant les susceptibilités administratives. « Toute cette technique de la théorie du risque consacrée par le Conseil d'Etat s'inspire, d'ailleurs, nettement de celle qui avait été utilisée pour les travaux publics. Et ainsi apparaît tout ce que cette construction par étapes successives, qui est bien dans la manière opportuniste du Conseil d'Etat, qui est aussi un hommage à l'esprit d'économie juridique, présente de logique et d'harmonieux » (2).

Enfin, le Conseil d'Etat se place parfois, de façon assez exceptionnelle d'ailleurs, sur le terrain de l'enrichissement sans cause, lorsque l'équité l'exige (3). La haute juridiction administrative le fait d'ailleurs suivant ses règles propres. C'est ainsi qu'un commissaire du gouvernement déclarait aux juges administratifs (4): « S'il est intéressant pour vous de connaître les applications que font du Code civil, en matière de paiement de l'indû, les tribunaux judiciaires, vous ne sauriez oublier qu'ayant à trancher non un litige entre particuliers, mais un litige où l'Etat est partie, votre décision peut s'inspirer de principes différents ».

Cette jurisprudence présente, en outre, un caractère subsidiaire, et n'est appliquée par le Conseil d'Etat qu'à défaut de possibilité de baser la responsabilité sur une

(1) R.D.P. 1924, p. 77.

(2) DUEZ : op. cit., p. 85.

(3) C.E. 18 juin 1920, Rigault, Rec. p. 596; C.E. 5 avril 1922, Tardy, Rec. p. 325; C.E. 7 mars 1923, Pasquet et Francq, Rec. p. 219; C.E. 7 mai 1909, Sapor, Rec. p. 460.

(4) Concl. RIVET, af. Olive, C.E. 25 novembre 1921, R.D.P. 1922, p. 107.

faute du service, ou sur un risque administratif. Le Conseil d'Etat ne se fonde d'ailleurs, sur ce principe, que si les circonstances de la cause ne lui paraissent pas s'y opposer pour d'autres raisons, morales notamment (1).

Dans certains cas, le droit commun de la responsabilité administrative que nous venons d'esquisser, œuvre du Conseil d'Etat, se trouve écarté pour divers motifs, et la responsabilité de la puissance publique ne peut être engagée. C'est le cas pour les actes parlementaires, les actes législatifs, les actes de gouvernement, les actes se rattachant à la fonction juridictionnelle.

Il n'existe pas en France de contrôle juridictionnel des actes parlementaires. Le Conseil d'Etat refuse d'admettre les recours contentieux pour ces actes, en se basant sur l'article 9 de la loi du 24 mai 1872, qui déclare : « Le Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours en *matière administrative*... ». En raison de la séparation des pouvoirs, il ne pourrait donc se faire juge en matière parlementaire. La difficulté ne serait peut-être pas insoluble, car il reste à définir cette « *matière administrative* ». On a voulu également fonder l'irresponsabilité de la puissance publique à raison des actes parlementaires sur l'irresponsabilité des membres du Parlement (ce qui est vrai pour les diverses parties devant l'être pour le tout). On invoque encore la souveraineté du Parlement.

Tous ces fondements sont critiquables. Il est exact qu'il n'existe pas de recours juridictionnel contre l'acte parlementaire. Mais, écrit M. DUEZ (2), « l'idée n'a de valeur qu'au point de vue du *contentieux administratif*. Le problème reste entier en *droit public général* : il faut

(1) C.E. 25 novembre 1921, « Société Les Savonneries Henri Olive », Rec. p. 978.

(2) Op. cit., p. 195.

alors soutenir énergiquement la *possibilité juridique* d'une responsabilité à raison de l'acte parlementaire ».

Quoi qu'il en soit, le Conseil d'Etat se montre prudent. Pourtant, il s'élève contre l'extension abusive de la notion d'acte parlementaire (1), et il applique un biais quand l'équité l'exige et qu'il lui est possible de tourner la difficulté (2). Un arrêt récent (3) témoigne d'une certaine évolution de cette jurisprudence, puisque la requête est considérée comme *recevable*.

En ce qui concerne la fonction législative, l'irresponsabilité de la puissance publique était de règle pendant longtemps. La jurisprudence, même récente, maintenait le principe de l'irresponsabilité pour les dommages causés aux particuliers du fait de l'émission d'une loi (4) ou du dépôt ou du retrait d'un projet de loi (5).

M. LAFERRIÈRE (6) écrivait ainsi, en 1896: « La loi est un acte de souveraineté, et le propre de la souveraineté est de s'imposer à tous sans qu'on puisse réclamer d'elle aucune compensation. Le législateur peut seul apprécier, d'après la nature et la gravité du dommage, d'après les nécessités et les ressources de l'Etat, s'il doit accorder cette compensation. Les juridictions ne peuvent l'allouer à sa place ».

La plupart des auteurs partageaient, à cette époque.

(1) Cf. DUEZ, op. cit. pp. 196 et ss.

(2) C.E. 3 fév. 1899, Rec. p. 83; 6 août 1896, Rec. p. 663; 7 déc. 1894, Compagnie Algérienne, Rec. p. 661.

(3) C.E. 26 janvier 1934, Ronsin, Rec. p. 137; S. 1936.3.23.

(4) Arrêt Duchatelier, 11 janvier 1838, Rec., p. 106; Mathon, C.E. 28 mai 1838, Rec. p. 106; Ferrier, 6 août 1852, Rec. p. 353; Bellamy, 30 juin 1859, D.P. 60.3.10; Goupy, 4 avril 1879, D.P. 79.3.49, etc.

(5) C.E. 19 janvier 1934, D.H. 1934, p. 183.

(6) Traité de la juridiction administrative, 2^e éd., t. 2, p. 13.

cette façon de voir (1) ou arrivaient à la même conclusion en partant de principes différents (2).

En fait, ainsi que le remarque M. ROLLAND dans sa remarquable note sous l'arrêt « La Fleurette » (3), cette solution se rattachait à l'ensemble des règles relatives à la responsabilité de l'Etat qui n'était, alors, considéré comme responsable ni en matière judiciaire, ni à raison des préjudices causés par les autorités publiques, et qui ne l'était que très peu en matière administrative. Il allait de soi qu'il ne le fût pas non plus en matière législative.

Mais depuis un demi-siècle, nous assistons à un renversement de la situation en ce domaine. Le principe de l'irresponsabilité de la puissance publique est presque entièrement écarté. En se basant tantôt sur la théorie du risque, tantôt sur le principe de l'égalité de tous les individus devant les charges publiques, énoncé dans l'article 13 de la Déclaration des Droits de l'Homme, on est arrivé à indemniser de plus en plus souvent les particuliers lésés du fait d'une activité publique. Aussi bien, « si la règle de l'égalité devant les charges publiques entraîne comme conséquence naturelle la réparation du préjudice anormal subi par un particulier du fait du fonctionnement d'un service public, elle doit entraîner la même conséquence si le préjudice anormal, exceptionnel, est dû à la survenance ou, plus exactement, à l'entrée en vigueur d'une loi » (4).

Dans les solutions traditionnelles, on pouvait distinguer trois hypothèses. Tout d'abord, le Conseil d'Etat admettait le droit à indemnité, dans certains cas, pour

(1) MICHOD: *De la responsabilité de l'Etat*, R.D.P. 1895, p. 254 et s.; TEISSIER: *La responsabilité de la puissance publique*, n° 17.

(2) HAURIU: *Précis de Droit administratif*, 12^e éd., p. 507; BONNARD: *Précis de Droit administratif*, p. 96.

(3) Arrêt « La Fleurette », C.E. 14 janv. 1938, D. 1938.3.41.

(4) ROLLAND: note précitée.

les personnes ayant passé un contrat avec l'Etat, lorsqu'une loi nouvelle rendait l'exécution de ce contrat plus onéreuse. Mais ceci ne se rapporte qu'à la responsabilité contractuelle.

Par ailleurs, certaines lois prévoient expressément l'allocation d'une indemnité aux personnes qui subissent un préjudice du fait de leurs dispositions (L. 1^{er} mai 1822; L. 2 août 1872; L. 29 mars 1915; L. 9 mars 1918; D. 30 octobre 1935, etc...).

Ces cas ne présentent pas de difficultés. Il n'en va pas de même lorsque le législateur n'a pas stipulé une indemnisation pour les particuliers lésés. Dans le premier état de la jurisprudence depuis la grande guerre, les arrêts n'ont généralement pas fait droit aux demandes d'indemnité en cas de silence du législateur. Dans ces décisions, le Conseil d'Etat constate, d'une part, le silence de la loi, et d'autre part, « il souligne son caractère de mesure générale. Il relève le caractère fâcheux ou dangereux de l'activité atteinte par la loi ou l'importance pour la vie ou la défense nationale de la loi nouvelle » (1).

Dans ses conclusions sous l'arrêt « La Fleurette », le Commissaire du Gouvernement exprime l'avis que le principe de l'égalité des citoyens devant les charges publiques devant servir de guide au législateur, lorsque celui-ci n'a pas indiqué clairement son intention d'y déroger, on doit en conclure qu'il entendait s'y conformer, et que, par conséquent, les victimes des préjudices résultant d'une loi avaient un droit à indemnité. Il remarque, toutefois, que des tempéraments doivent être apportés au principe dans deux cas : lorsque les indemnités à allouer seraient d'une importance incompatible avec l'intérêt supérieur dont s'est inspiré le législateur, ou encore, lorsque l'activité visée par ce dernier présentait

(1) ROLLAND: loc. cit.

un caractère contraire à l'intérêt général ou à la moralité publique.

Cette interprétation est critiquée par M. ROLLAND, qui, dans sa note précitée, s'attache à « faire le point » de la jurisprudence telle qu'elle apparaît après les arrêts du 14 janvier 1938 (la société « La Fleurette » qui avait subi un préjudice du fait de la loi du 29 juin 1934 a été reconnue fondée à réclamer une indemnité).

M. ROLLAND indique qu'« un point est maintenant certain : le silence d'une loi nouvelle ne suffit pas à priver de tout droit à indemnité les personnes atteintes par l'entrée en vigueur de ses dispositions... il demeure toujours possible au Parlement d'écarter le droit à indemnisation. Mais son intention doit se marquer nettement ».

De plus, la responsabilité de l'Etat en matière législative se base sur le principe de l'égalité devant les charges publiques. Ceci ressort des considérants de l'arrêt « La Fleurette ». Ceux-ci déclarent, en effet : « Rien, ni dans le texte de la loi ou dans ses travaux préparatoires, ni dans l'ensemble des circonstances de l'affaire, ne permet de penser que le législateur a entendu faire supporter à l'intéressé une charge qui ne lui incombe pas normalement, cette charge, créée dans un intérêt général, doit être supportée par la collectivité. Il suit de là que la Société « La Fleurette » est fondée à demander que l'Etat soit condamné à lui payer une indemnité en réparation du préjudice qu'elle a subi ». Ainsi, note M. ROLLAND, la responsabilité de l'Etat en matière législative se construit de la même manière que la responsabilité sans faute en matière administrative.

Le même principe de responsabilité de la puissance publique doit également être admis lorsqu'il s'agit non plus d'une loi, mais d'un règlement.

De même qu'en matière de responsabilité administrative sans faute, l'indemnité ne peut être allouée, en

matière législative, qu'en cas de préjudice spécial, exceptionnel, anormal. La spécialité du préjudice consiste en ce qu'un ou plusieurs individus déterminés se trouvent lésés par la nouvelle disposition légale de façon beaucoup plus grave que le public en général. La victime se trouve alors dans une situation exceptionnelle et « l'égalité devant les charges publiques est rompue à son détriment ».

Il faut également rappeler que ce droit à indemnisation n'existe pas lorsque l'activité exercée antérieurement par la partie qui se prétend lésée présentait un caractère préjudiciable à la collectivité.

Les *actes de gouvernement* échappent également au recours en responsabilité. Il est assez difficile d'en dresser une liste. Nous citerons :

- 1° Les actes relatifs aux rapports du Gouvernement et des Chambres;
- 2° Les décrets de grâce;
- 3° Les décrets établissant l'état de siège, exception faite des mesures d'exécution (1);
- 4° Les actes touchant aux relations diplomatiques;
- 5° Les faits de guerre, réserve faite de l'application de dispositions spéciales à la réparation des dommages causés aux Français par la guerre de 1914;
- 6° Les arrêts des gouverneurs des colonies;
- 7° Les annexions de territoires, établissements de protectorat, etc... (2).

Le critère de l'acte de gouvernement a varié avec les époques. Sous un gouvernement puissant, l'interprétation est extensive : on recherchera le *but* ou le *mobile*. Cette théorie a été remplacée par celle dite de la nature de

(1) Cf. C.E., 4 janvier 1918, Graty, Rec. 1918, p. 4.

(2) V. ROLLAND, Précis, n° 89, et la jurisprudence citée.

l'acte. Actuellement, à défaut de critère précis, il existe un certain nombre d'actes dont le Conseil d'Etat refuse de connaître. Nous les avons énumérés plus haut. L'évolution de la jurisprudence administrative témoigne d'une tendance à restreindre la portée de l'acte de gouvernement, tout en maintenant le principe, ce qui a pour effet d'accroître la responsabilité de l'Etat en cette matière (1).

La doctrine a tenté également de réduire les effets anti-contentieux de l'acte de gouvernement. M. JÈZE, ainsi que plusieurs auteurs (2), propose de continuer à déclarer irrecevable le recours en annulation ou l'exception d'illégalité dirigés contre un acte de gouvernement, mais de soumettre ce dernier au régime de droit commun de la responsabilité de la puissance publique.

Le Conseil d'Etat, dans de récents arrêts, semble s'engager dans cette voie, et appliquer aux actes de gouvernement la théorie du risque administratif. L'arrêt Couitéas, précité, jugeait d'un acte accompli au nom de la raison d'Etat, et qui se rapprochait donc de l'acte de gouvernement.

Plus récemment, dans l'arrêt Arnaud (3), le Conseil d'Etat rejette la requête, mais après l'avoir examinée. Enfin, dans l'arrêt Corsin (4), il reconnaît la responsabilité de l'Etat pour un acte de gouvernement.

Mais l'application de cette jurisprudence semble subordonnée à la possibilité, pour le Conseil d'Etat, de ne pas baser le droit à réparation sur une faute de service public. S'il ne le peut pas, il s'en tient à la notion tradi-

(1) Cf. Paul DUEZ: *Les actes de gouvernement*, p. 38 et s.

(2) JÈZE: *Les principes généraux du droit administratif*, 3^e éd., p. 411; DUEZ, op. cit., p. 176 et s.; HAURIOU, *Précis*, p. 539.

(3) 24 décembre 1926, Rec. p. 1149.

(4) 24 octobre 1930, Rec. p. 864.

tionnelle d'acte de gouvernement entraînant l'irresponsabilité (1).

Par ailleurs, le Conseil d'Etat se déclare également incompétent pour tous les actes concernant la fonction juridictionnelle, tant en ce qui concerne les jugements proprement dits que les actes préparatoires et les mesures d'exécution du jugement. Aucune indemnité ne peut donc être réclamée à l'Etat pour des dommages causés par ces actes.

Les seules exceptions aux principes de l'irresponsabilité, en cette matière, sont les dispositions prises: 1° par la loi du 8 juin 1895, modifiant l'article 446, paragraphe 1^{er}, du Code d'Instruction Criminelle, accordant des dommages-intérêts à la victime d'une erreur judiciaire, lorsqu'un jugement de revision a annulé une condamnation devenue définitive en matière correctionnelle ou criminelle; 2° par la loi du 7 février 1933, art. 7, complétant l'article 505 du Code de Procédure Civile, qui rend l'Etat civilement responsable des condamnations à dommages-intérêts encourues par des magistrats à la suite d'une procédure de prise à partie (V. II^e Partie).

Enfin, dans un autre domaine, certains textes établissent l'irresponsabilité absolue de l'Etat, en ce qui concerne, notamment, l'Administration des P.T.T. (2).

(1) 18 juillet 1934, Rec. p. 817. — Cf. DUEZ, op. cit., p. 817.

(2) V. DUEZ, op. cit., p. 261 et s.; ROLLAND, op. cit. n° 409.

CHAPITRE II

RESPONSABILITÉ CIVILE DES FONCTIONNAIRES

La question de la responsabilité des fonctionnaires est extrêmement complexe et a donné naissance à une jurisprudence et à une doctrine particulièrement intéressantes. Les problèmes qu'elle pose comportent, en effet, différentes solutions possibles.

On peut concevoir un système consacrant l'irresponsabilité absolue du fonctionnaire à raison des actes qu'il accomplit en cette qualité. Et l'on fait valoir, à l'appui de cette thèse, des arguments évidents : le fait que le fonctionnaire agit, non dans son propre intérêt, comme un simple particulier, mais pour la collectivité; la disproportion manifeste qui existe entre la faute, peut-être très légère, que le fonctionnaire a commise, et les conséquences très graves qui peuvent en découler. On invoque encore le fait qu'une trop grande sévérité à l'égard des fonctionnaires paralyserait leur esprit d'initiative. Ils en manquent ordinairement, dit-on. Que serait-ce s'ils avaient à craindre d'engager leur responsabilité personnelle pour chacun de leurs actes! Enfin, on doit considérer principalement l'intérêt du tiers lésé par l'acte du fonctionnaire. Ce dernier peut être insolvable. Qu'advient-il, dès lors, de la réparation que la victime est en droit d'exiger ? Un agent public, au salaire souvent très modeste, ne peut endosser le poids d'une lourde responsabilité.

Surtout, on fait valoir la nécessité impérieuse qu'il y a à ne pas entraver la bonne marche des services publics. Si chaque particulier qui croit avoir à se plaindre d'un agent de ces services pouvait librement le poursuivre, aucune administration ne serait plus possible. Le fonc-

tionnaire, par crainte de s'attirer le mécontentement du public, risquerait de faire passer en second plan les intérêts de l'Etat. Il apparaît donc indispensable d'assurer, tout au moins dans une certaine mesure, leur protection.

Si donc il apparaît difficile de soumettre l'agent administratif, de façon complète, au régime du droit commun, il n'est pas moins vrai qu'il serait absolument injuste de le dégager de toute responsabilité. Ce serait édicter à son égard un véritable privilège, que rien ne justifie. Chaque individu doit répondre de ses fautes. C'est un principe qui domine tout le droit moderne.

Mirabeau déclarait déjà, dans un discours célèbre : « Si la loi de responsabilité ne s'étendait pas sur tous les agents subalternes de l'autorité, si elle n'existait pas, surtout parmi nous, il n'y aurait pas de nation plus faite que nous pour l'esclavage... Jamais une nation ne sera libre que toute la hiérarchie sociale ne soit comprise dans la responsabilité... Je le répète, toute la hiérarchie doit être responsable, ou bien on trouvera toujours le moyen de rendre impuni tout attentat. Le dogme de la responsabilité est de droit naturel, c'est la base de la déclaration des droits d'une nation ; il doit être consigné dans la plus grande latitude » (1).

Il serait absolument choquant que les fonctionnaires restent impunis pour leurs fautes. De plus, en pratique, ce serait très dangereux, et constituerait un encouragement à la négligence, à l'impéritie, au laisser-aller. « Il faut — a-t-on dit très justement en parlant du fonctionnaire (2) — qu'un pressant intérêt personnel l'incite

(1) *Mirabeau, sa vie, ses opinions et ses discours*, par VERMOREL (cité par DYVANACH).

(2) Ch. MAURRAS: *Anthinéa*, préf. P. VII, cité ds. P. COT, *La responsabilité civile des fonctionnaires publics*, Th. Paris, 1922, p. 27.

à se former du service public un souci privé quotidien ». La responsabilité civile est un « aiguillon », comme le formule M. DUGUIT, dont on ne saurait se passer.

On voit la difficulté du problème. Il « consiste donc, pour le législateur et la jurisprudence, à trouver le moyen de protéger le fonctionnaire contre des actions en responsabilité abusives, tout en lui laissant la responsabilité des fautes que ne peut excuser le but d'intérêt public poursuivi ou soi-disant poursuivi » (1).

On peut envisager deux solutions différentes à ce problème, et en droit français toutes deux ont été appliquées.

La première consiste dans la garantie administrative du fonctionnaire. Lorsqu'une faute a été commise par un de ses agents, l'Administration étudie les circonstances de la cause et décide, dans chaque cas particulier, si la responsabilité du fonctionnaire doit ou non être engagée. Avant que des poursuites puissent être engagées contre ce dernier, l'Administration doit en donner l'autorisation.

On eut recours, par la suite, à un second procédé. Une juridiction spéciale examine le fait incriminé en lui-même et apprécie s'il doit être mis à la charge de l'Administration ou bien de son agent.

Le premier système prévalut sous l'ancien régime. La liberté des poursuites des agents administratifs par les particuliers était de règle. Ces instances étaient intentées devant les tribunaux de droit commun. Mais des abus étaient commis. Les Parlements favorisaient les attaques, parfois injustifiées, dont les agents publics étaient l'objet. Sous couleur de rendre la justice, ils s'immisçaient dans l'Administration. La monarchie tenta de remédier à ces excès. La couronne manifestait la

(1) WALINE: *Manuel élément. de Droit administ.*, 1939, p. 389.

volonté « de maintenir une distinction entre les affaires d'intérêt public et celles d'intérêt privé, et d'en confier l'examen à des autorités différentes » (1). Le procédé consistait dans le droit d'évocation qui appartenait au roi et en vertu duquel il dessaisissait les juges ordinaires, les Parlements, chargés du litige, et confiait à son Conseil le soin de statuer. Cette procédure était en partie inspirée par des raisons d'ordre politique. A la fin du 16^e siècle et au début du 17^e, la monarchie, qui voulait reprendre toute l'autorité, se heurtait à des résistances locales et notamment à l'hostilité des Parlements. Le droit d'évocation, fondé sur le principe que « toute justice émane du Roi », permettait de soustraire à la juridiction de ces derniers les affaires intéressant l'autorité royale. Par là même, les fonctionnaires échappaient aux poursuites abusives. C'était une sorte de garantie administrative, qui ne jouait d'ailleurs que dans des cas exceptionnels, laissant ainsi subsister le principe de la responsabilité personnelle des fonctionnaires.

Ce système eut au début d'heureux résultats et tempéra d'utile façon la liberté de poursuites contre les agents administratifs. Mais bientôt il donna lieu, lui aussi, à des abus. Les évocations se généralisèrent de façon systématique, créant au profit des fonctionnaires un véritable privilège. Parlant de la responsabilité des fonctionnaires au 18^e siècle, TOCQUEVILLE écrit : « Ces sortes d'évocations n'arrivaient pas seulement de loin en loin, mais tous les jours, non seulement à propos des principaux agents, mais des moindres. Il suffisait d'appartenir à l'Administration par le plus léger fil pour n'avoir rien à craindre d'elle » (2).

Il n'est pas étonnant qu'un tel système ait soulevé de

(1) LAFFERRIÈRE: *Juridiction administrative*, t. I, p. 139.

(2) TOCQUEVILLE: *L'ancien Régime et la Révolution*.

vives critiques. Nous les trouverons exprimées dans les cahiers des Etats généraux, qui réclament « la responsabilité des agents publics et l'attribution de tous les procès à des tribunaux de droit commun, soumis à la loi, formés de juges indépendants, responsables devant la Nation ou les Etats ».

Aussi l'un des premiers soins des Assemblées révolutionnaires fut-il d'affirmer solennellement le principe de la responsabilité civile des fonctionnaires. Par décret du 13 juillet 1789, l'Assemblée Constituante déclare que « les ministres et les agents civils et militaires seront responsables de toute entreprise contraire aux droits de la Nation et aux décrets de l'Assemblée. La Déclaration des Droits de l'Homme affirme à nouveau, dans son article 15, que « la Société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration ».

Il semblait donc que, pour mettre fin aux abus des évocations et des arrêts du Conseil, le droit révolutionnaire dût permettre la libre poursuite des agents administratifs devant les tribunaux judiciaires. Mais, en fait, le système de la garantie administrative fut maintenu, sous une forme différente. La loi des 7 et 14 octobre 1790 déclare, en effet : « Aucun administrateur ne peut être traduit devant les tribunaux, pour raison de fonctions publiques, à moins qu'il n'y ait été renvoyé par l'autorité supérieure, conformément aux lois ». Différents textes réaffirment cette interdiction qui, fondée sur le principe de la séparation des pouvoirs, entend soustraire à la censure des tribunaux les actes administratifs. Ce système est formulé dans le fameux article 75 de la Constitution de l'an VIII, lequel est ainsi conçu : « Les agents du Gouvernement autres que les ministres ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leur fonction qu'en vertu d'une décision du Conseil d'Etat ». C'est donc le régime de l'autorisation préalable.

Si celle-ci est accordée, l'affaire vient devant les tribunaux du droit commun.

Ce système continua à être appliqué sous l'Empire : il cadrait bien, en effet, avec la politique centralisatrice et autoritaire en vigueur, car il accroissait les pouvoirs de l'Administration. Celle-ci n'accueillait que très rarement les demandes d'autorisation qui lui étaient soumises. Ceci ne pouvait manquer de susciter un mécontentement qui osa s'exprimer lorsque l'Empire connut des revers. A son retour de l'île d'Elbe, Napoléon promit, par l'article 50 de l'Acte additionnel, de changer les dispositions concernant la responsabilité des fonctionnaires. Il n'en eut pas le temps.

Le parti libéral, sous la Restauration, l'opposition républicaine, sous le Second Empire, réclamèrent à leur tour l'abrogation de l'article 75. Ce fut l'œuvre du Gouvernement de la Défense Nationale. Le décret-loi du 19 septembre 1870 abroge l'article 75, ainsi que « toutes les dispositions des lois générales ou spéciales ayant pour but d'entraver les poursuites dirigées contre les fonctionnaires publics de tous ordres ».

La liberté des poursuites étant ainsi rétablie, les fonctionnaires pouvaient être cités devant les tribunaux judiciaires. Telle fut la première interprétation que l'on donna au décret-loi de 1870 et elle paraît évidemment conforme aux intentions du législateur (1). Cependant, elle ne semblait pas compatible avec le principe de la

(1) Dans ses conclusions sous l'affaire Lemonnier, du 26 juillet 1918 (D. P. 1918.3.9), M. Léon BLUM, Commissaire du Gouvernement, déclare « que l'intention des auteurs du décret, intention éclairée par les débats qu'avait soulevés l'article 75 sous le régime impérial, était de conférer aux tribunaux civils compétence ordinaire pour l'ensemble des actions en responsabilité fondée sur une faute du service public ».

séparation des pouvoirs, interdisant aux tribunaux judiciaires de connaître des actes administratifs.

Dans une affaire célèbre, l'arrêt Pelletier, du 26 juillet 1873 (1), le Tribunal des Conflits jugea que le décret-loi de 1870 avait simplement abrogé le système de l'autorisation préalable, mais avait laissé subsister l'incompétence des tribunaux judiciaires à statuer sur les actes administratifs des fonctionnaires. Il faudra donc, lorsqu'un agent de l'Administration sera poursuivi devant un tribunal civil, que ce dernier se dessaisisse de l'affaire si le Tribunal des Conflits estime que le fait litigieux constitue un acte administratif.

Dans l'affaire Le Pelletier, un journal ayant été saisi par ordre du Général de Ladmirault et du Préfet de l'Oise, le directeur du journal forma contre ces deux fonctionnaires une demande en dommages-intérêts. Le conflit fut élevé et confirmé par le Tribunal des Conflits. Sa décision « instaure le système que l'on peut appeler la protection juridictionnelle (et non plus administrative) du fonctionnaire pour ses fautes de service (et non plus pour toutes les fautes que l'Administration jugera à propos de couvrir » (2).

Tout ce système va donc reposer sur l'idée fondamentale de la distinction entre les fautes personnelles de l'agent et les fautes de service. C'est le Tribunal des Conflits qui opérera cette discrimination. Lorsque l'Administration estime que le fait dont est saisi le tribunal judiciaire présente le caractère de fait ou faute de service, elle élèvera le conflit, tranchant ainsi la question de compétence. Les tribunaux judiciaires resteront compétents pour statuer sur les poursuites dirigées contre les fonctionnaires quand le fait incriminé constituera

(1) D. 74.3.5; S. 74.2.28.

(2) WALINE: op. cit., p. 390.

une faute personnelle. Ils devront se déclarer incompetents pour juger des fautes de service qui n'engagent que la responsabilité de l'Administration et ressortissent aux tribunaux administratifs.

Il existe à ce principe un certain nombre d'exceptions. Certains fonctionnaires n'ont pas un caractère administratif. Les tribunaux judiciaires seront donc compétents pour les juger. Il en est ainsi pour les magistrats et les instituteurs qui sont soumis à des règles spéciales. (Cf. II^e partie) (1).

A part ces cas isolés, le système est général et l'appréciation du fait incriminé incombe au Tribunal des Conflits.

Cette appréciation présente un grand intérêt pratique pour le demandeur. La procédure, en effet, n'est pas la même devant les deux ordres de juridiction. La responsabilité se fonde sur des principes différents. Il peut être plus avantageux pour la victime d'obtenir réparation des tribunaux administratifs. La partie lésée, qui obtient une condamnation contre l'Etat, se trouvera toujours, en effet, en présence d'un patrimoine solvable.

La distinction des fautes personnelles et des fautes de service s'est élaborée lentement. C'est une création prétorienne du Conseil d'Etat, procédant par tâtonnements, par adaptations des règles d'équité qui le guident aux réalités de la vie pratique. Nous nous proposons, au cours des chapitres suivants, d'indiquer les traits essentiels de ce système.

(1) Les maires sont soumis à la juridiction du droit commun pour les déclarations relatives aux accidents du travail. Req. 5 mars 1929, D. H. 1929, 187.

CHAPITRE III

LA FAUTE PERSONNELLE

L'arrêt Pelletier, nous l'avons dit, tranche la question de compétence entre les tribunaux judiciaires et administratifs, en établissant une distinction fondamentale entre la faute personnelle et la faute de service.

Jusqu'à une époque très récente, ces deux notions s'excluaient l'une l'autre. S'il y avait faute personnelle de l'agent, l'Administration n'encourait aucune responsabilité, et le coupable, traduit devant les tribunaux judiciaires, répondait pécuniairement du préjudice qu'il avait causé. En revanche, la faute de service engageait seulement la responsabilité de l'Administration.

La délimitation, à l'heure actuelle, est moins nette. Nous verrons ultérieurement (chapitre V) que l'on peut souvent envisager la superposition, le cumul des responsabilités du fonctionnaire et du service, deux sortes de fautes pouvant exister simultanément, ou de façon connexe, dans un même fait.

Si nous nous attachons à étudier la notion de faute personnelle en elle-même, il nous faudra tout d'abord éliminer les hypothèses où la question ne se trouve pas posée. Il en va ainsi au cas où la responsabilité est fondée sur un risque administratif, toute idée de faute s'en trouvant écartée. Dans d'autres cas, la faute de service présentant un caractère anonyme, aucun agent particulier ne va encourir de responsabilité.

Le problème de la responsabilité personnelle du fonctionnaire va donc avoir à être examinée dans des cas déterminés, lorsqu'une faute individualisée a été commise par l'agent d'un service public, et qu'elle peut lui

être imputée. Une ventilation de responsabilité devra s'opérer, par conséquent, entre cet agent et le service, aux fins de savoir quel patrimoine va supporter la charge du préjudice causé.

La juridiction saisie d'une plainte dirigée contre un agent administratif devra se prononcer d'emblée sur la nature qu'elle attribue au fait incriminé. En vertu du principe de la séparation des pouvoirs, il faudra donc que le tribunal administratif se déclare incompétent, s'il considère qu'il y a faute personnelle du fonctionnaire, et non pas faute du service public. Réciproquement, le tribunal judiciaire devra se refuser à connaître d'une faute de service. Si l'Administration, en la personne du Préfet, élève le conflit, le Tribunal des Conflits devra trancher le partage des compétences.

Ceci posé, il nous reste à étudier dans quels cas on estime que le fait incriminé constitue bien une faute personnelle de l'agent.

Il y aura tout d'abord faute personnelle, bien entendu, lorsque l'agent a agi en dehors de sa fonction en qualité de simple particulier. L'Administration ne saurait être tenue pour responsable des actes accomplis par ses agents dans leur vie privée (1).

Mais quel sera le critère lorsque le fonctionnaire a agi dans l'exercice de ses fonctions ? Sur ce point, la doctrine et la jurisprudence se montrent assez hésitantes.

Le premier critérium appliqué consiste dans l'appréciation des éléments subjectifs de l'acte dont il s'agit, dans l'intention de son auteur. Si l'on voit apparaître, dans cet acte, comme le dit M. LAFERRIÈRE, non pas le fonctionnaire anonyme, l'administrateur, le mandataire de l'Etat plus ou moins sujet à erreur, mais l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences, si la

(1) C.E. 8 août 1882, de Rothschild.

personnalité de l'auteur de la faute se révèle, alors il s'agit d'une faute personnelle dont l'agent coupable devra seul répondre (1).

Dans des conclusions fameuses, M. TEISSIER (2), commissaire du Gouvernement, fonde lui aussi la faute personnelle sur l'intention: « Pour employer l'expression si caractéristique de nos vieux auteurs, dit-il, la faute personnelle c'est celle qui révèle la mauvaiseté de l'agent ».

Mais l'intention mauvaise n'est pas seule à donner au fait incriminé le caractère de faute personnelle. Lorsque la faute est si lourde qu'elle est exceptionnelle, qu'elle ne peut être assimilée aux fautes qui peuvent être accomplies ordinairement dans un service, même fonctionnant mal (3), la question se pose de savoir si le fonctionnaire peut être considéré comme responsable, en dehors de toute intention mauvaise. C'est la question qui a soulevé le plus de difficultés. On a considéré que ce caractère de faute lourde fait présumer l'intention mauvaise. M. TEISSIER, dans ses conclusions précitées, définit le fait de service, par opposition au fait personnel, comme n'ayant pas un caractère délictueux, ni dolosif, ni de faute grave.

Pour M. HAURIU (4), « Le fait personnel est celui dans lequel on découvre une intention mauvaise de l'agent, par laquelle il est sorti des intentions de la fonction. Pratiquement, le fait personnel du fonctionnaire ne commence qu'à la faute qui confine au dol. On demande

(1) Cf. arrêt Rimbaud, LEBON 1874, p. 644.

(2) Sous Confl. 29 février 1908, Feury, D. 1908.3.49.

(3) M. HAURIU, 9^e éd., p. 528, à propos du fait de service, parle de la « négligence qui rentre dans les habitudes du service, lorsque ces habitudes sont mauvaises ». — Cf. l'arrêt Barnades du 20 octobre 1818, qui parle déjà d'un « procédé conforme à un usage, d'ailleurs regrettable ».

(4) *Droit Administratif*, 9^e éd., p. 17.

au fonctionnaire de ne pas sortir, par une faute excessive, des traditions de la fonction... Le fait personnel, par cela même qu'il est en dehors des traditions de l'Administration, même des mauvaises, doit consister en quelque circonstance ayant accompagné l'acte administratif, mais *détachable* de cet acte... »

Dans une importante note (1), M. HAURIOU ajoute : « ...Mais les actes qui sont au-dessous de la moyenne par la maladresse ou par la méchanceté particulière qu'ils révèlent, ne sont plus des actes de la fonction : l'Administration n'en est plus responsable, c'est le fonctionnaire seul, ou plutôt, même pas le fonctionnaire, c'est l'homme ».

Si complexe que soit cette théorie, puisqu'elle fait rentrer dans la notion de faute personnelle des éléments aussi divers que l'*intention*, la *faute lourde*, les *passions* ou les *négligences* (2), elles cherchent à donner de la faute personnelle une impression précise sinon une définition rigoureuse. C'est en se plaçant au point de vue subjectif que l'on pourra apprécier s'il s'agit d'une faute personnelle ou d'une faute de service. Mais, en outre, la faute personnelle doit présenter un caractère objectif : elle doit se détacher de l'exercice de la fonction.

Chez la plupart des auteurs, on retrouvera ce thème, avec des variantes.

« Le fait personnel, dit M. APPLETON, doit comprendre nécessairement une faute, et non pas n'importe quelle faute, mais un mauvais vouloir, un dol, une erreur si grossière qu'elle fait présumer le mauvais vouloir ou le dol, la faute lourde assimilable au dol ». Et le savant auteur précise : « Le fonctionnaire public est responsable non quand il sert ses fonctions, mais quand il s'en sert ;

(1) S. 98.3.48, MÉTIVIER, Confl. 26 juin 1897.

(2) Cf. DUPEYROUX, op. cit., p. 68.

ou en d'autres termes, la fonction engage l'agent, non quand il l'accomplit, même mal, mais quand il la trahit » (1).

Pour M. MESTRE, « La notion de fait personnel est insuffisante pour fonder la responsabilité... Ce qui est important, c'est, non pas le fait lui-même, mais le dommage qu'il a pu causer, la disposition intérieure de son auteur... Cette faute... pourra se révéler partout dans un fait détachable de la fonction... en bien des cas, aucun fait extérieur n'est apparu, et cependant il peut y avoir intérêt à considérer la responsabilité de l'agent comme engagée » (2). En d'autres termes, pour apprécier la responsabilité de l'agent, les tribunaux devront non pas rechercher à tout prix l'élément objectif, le fait personnel nettement distinct de sa fonction, mais se référer avant tout à ses dispositions psychologiques et morales — élément subjectif — qui seules donnent à l'opération envisagée son véritable caractère ».

M. JÈZE, se basant sur la jurisprudence, établit une classification précise, et considère que « toute la jurisprudence ne fait que confirmer, développer et préciser... la formule de M. LAFERRIÈRE. »

« Il y a faute personnelle, écrit-il, dans deux séries d'hypothèses :

- a) Lorsque la faute révèle une *intention mauvaise*;
- b) Lorsque la faute est *lourde*.

...Et il y a *faute lourde* dans trois cas :

1° Lorsqu'un fonctionnaire public s'est trompé grossièrement dans l'appréciation des faits qui ont motivé sa conduite fonctionnelle et l'ont amené à commettre la faute qui lui est reprochée;

(1) J. APPLETON: *Traité élémentaire du Contentieux Administratif*, n° 126.

(2) Note ss. Cass. req. 5 juin 1918.

2° Lorsqu'un fonctionnaire s'est trompé grossièrement sur l'étendue de ses pouvoirs légaux et a été ainsi conduit à commettre non pas seulement un excès de pouvoir, mais un véritable abus de pouvoir;

3° Lorsqu'un fonctionnaire a violé une loi pénale réprimant le fait allégué contre le fonctionnaire poursuivi » (1).

Un double critérium apparaît donc à travers les flottements de la doctrine : critère objectif du « fait détachable », qui va trancher la question de compétence, puisqu'un tel fait, par définition, ne saurait être considéré comme une opération administrative; — critère subjectif, qui consiste à apprécier si l'agent a bien commis une « faute », en recherchant l'intention qui l'a guidé.

L'étude de la jurisprudence montre que le Tribunal des Conflits ne se contente pas du critérium objectif du fait personnel détachable, mais fait intervenir la notion de faute.

Sur ce point, il est intéressant de consulter M. DUGUIT. A différentes reprises (2), il précise sa pensée.

Il oppose à M. JÈZE que, pour opérer une discrimination entre la faute personnelle et la faute de service, la distinction entre la faute lourde et la faute légère s'avère insuffisante, car le fonctionnaire peut être considéré comme responsable d'une faute lourde lorsque « ni de fait ni d'intention il n'est sorti du domaine administratif ». En revanche, il peut être appelé à répondre d'une faute qui n'est pas lourde, si l'acte est détachable de la fonction, s'il est « distinct de l'acte fonctionnel ». Quant à l'acte fonctionnel, il « peut contenir en lui-même un élément de faute ».

(1) Note au R.D.P. 1909, p. 267 et s.

(2) *Traité de Droit Constitutionnel, Les Transformations du Droit Public*, Note au S. 1918-1919.2.1.

Pour déterminer les cas où la responsabilité personnelle de l'agent va être engagée, il faut voir quel a été *le but* poursuivi par celui-ci. Il y aura un élément de faute si le but est étranger au service.

Cette théorie a pour effet de faire peser sur le fonctionnaire une responsabilité plus grande, en ne l'exonérant plus de ses fautes légères. Nous nous réservons d'indiquer plus tard notre opinion sur ce point. Qu'il nous soit permis d'ores et déjà de mentionner qu'il nous semble équitable que l'agent public ne bénéficie pas du véritable privilège qui consisterait à l'exempter de toute responsabilité pour les fautes qu'il a commises, sous prétexte qu'elles ne se détachent pas de la fonction.

Malgré la divergence des définitions, il semble que les auteurs, comme le remarque justement M. DUPEYROUX (1), aient « tous en vue, au fond, les mêmes idées. Que ce soit la théorie des passions personnelles ou celle, si différente d'aspect, du but, ce sont les mêmes fautes que l'on entend stigmatiser. Les auteurs se séparent uniquement sur la grave question de la faute lourde ».

Il convient dès lors de rechercher quel sera, en face de la doctrine, le point de vue de la jurisprudence.

En premier lieu, en ce qui concerne les fautes *pénales*, elles entraînent la responsabilité personnelle de l'agent qui s'en est rendu coupable *en dehors de l'exercice de ses fonctions* (2).

Lorsque la faute a été commise *dans l'exercice des fonctions*, il y a lieu de distinguer deux étapes dans le chemin parcouru par la jurisprudence. Dans la première, le fonctionnaire est toujours considéré comme responsable lorsque ces actes constituent les délits spéciaux aux

(1) DUPEYROUX, op. cit., p. 78.

(2) C.E. 8 août 1882, de Rothschild.

fonctionnaires prévus par le Code Pénal (art. 114-122; 123-126; 127-131; 145-146; 157 et 158; 166-169; 333).

Il est également responsable, en principe, des fautes pénales de droit commun : Arrêt Vincent, 15 février 1890, délit de lacération d'affiches; Arrêt Taxil, 7 mai 1871, diffamation et injures; Arrêt Cassagne, Confl. 7 décembre 1918 (1), détournement de fonds dans la gestion d'un établissement hospitalier; Arrêt Provost, Confl. 2 mai 1914, homicide par imprudence. Une petite fille traverse une cour communale et se tue en tombant dans une tranchée qui n'était ni éclairée ni entourée de barrières. Le Tribunal des Conflits déclare que, pour le cantonnier qui n'avait pas observé les précautions requises, « le fait, s'il était établi, serait de nature à constituer un délit prévu et puni par le Code Pénal; que dès lors, la circonstance qu'il aurait été commis à l'occasion d'un travail public ne saurait faire échec au principe d'après lequel la juridiction correctionnelle... est compétente... ».

Arrêt Babouet, 16 juillet 1914. Le sieur Babouet ayant été grièvement blessé et sa femme tuée par la chute de fils télégraphiques que des ouvriers posaient, le contre-maître fut condamné parce qu'il y avait là un délit prévu par le Code Pénal.

De nombreux arrêts furent rendus en ce sens. Cette doctrine s'appuie, remarque M. MESTRE (2) sur deux principes : les Administrations, d'une part, ne peuvent se rendre coupables de délits. « Il y aura fait personnel et par conséquent compétence judiciaire et appréciation de la responsabilité suivant les principes du droit civil, d'abord, de *toute évidence*, semble-t-il, lorsque le fonctionnaire s'est rendu coupable d'un délit de droit com-

(1) Rec. p. 1115.

(2) Note au D. 1935, p. 57.

mun; l'Administration ne saurait commettre des actes de cette sorte ni en répondre » (1).

Par ailleurs, on invoque le fait qu'en commettant un délit pénal, les agents « sont sortis de leur fonction et par suite ont cessé de pouvoir engager directement la responsabilité de l'Administration dont ils font partie » (2).

La Chambre Criminelle de la Cour de Cassation en a déduit que les fonctionnaires peuvent être poursuivis comme de simples particuliers pour leurs infractions pénales, et qu'il convient de leur appliquer les règles du droit civil invoquées par l'art. 74 du Code Pénal, notamment l'art. 1384 Code civil, qui édicte la responsabilité du commettant pour le fait de son préposé. Nous avons déjà signalé l'opposition soulevée contre cette jurisprudence.

Mais une évolution très nette s'est produite dans la jurisprudence en cette matière. Tout d'abord, elle a, dans certains arrêts, considéré qu'il y avait une faute de service en même temps qu'une faute personnelle, et que la première absorbait la seconde. Les tribunaux se basent généralement ici sur les circonstances ayant entouré l'acte incriminé, et l'absence d'intention délictuelle leur fait rejeter la qualification de délit pour un fait qui, s'il n'avait pas été commis par un agent public, serait puni par la loi pénale. En ce sens a été rendu l'arrêt Bailly (3): Un maire ayant pénétré par effraction dans le domicile d'un particulier pour prendre des sacs de blé réquisitionnés par l'Administration, a été considéré comme n'ayant commis qu'une faute de service.

De même, dans l'arrêt Montpillié et autres c/ Ville de Bordeaux (4), la Cour de Cassation a considéré que

(1) DUPEYROUX, op. cit., p. 59; cité par M. MESTRE, loc. cit.

(2) Loc. cit.

(3) Confl. 17 novembre 1917, Rec. p. 736.

(4) Cass. req. 21 mars 1918, note MESTRE.

la responsabilité d'un maire ayant fait saisir, dans l'intérêt public, des viandes de boucherie, n'était pas engagée. « Alors même, dit l'arrêt, que les mesures incriminées n'eussent pu donner lieu qu'à des sanctions pénales et nullement à une exécution forcée, ces mesures générales ne laissent apparaître, ni à la charge du maire qui les a ordonnées, ni à celle du commissaire central qui les a dirigées, aucune faute personnelle se détachant de leurs fonctions ».

D'autre part, en vertu de la théorie du cumul des responsabilités, que nous étudierons par la suite (voir chapitre VI), la condamnation pour faute personnelle, notamment dans le cas d'actes constitutifs de délit pénal, « ne saurait avoir pour effet de priver la victime du droit de poursuivre directement contre l'Administration la réparation du préjudice souffert par la victime » (1). Cette jurisprudence a pour effet de ne plus opposer le droit pénal et le droit administratif qui ne sont plus, dès lors, « regardés comme antinomiques », suivant l'expression de M. MESTRE.

Enfin, un important arrêt (2) consacre ce revirement de la jurisprudence. Un soldat, conduisant dans un convoi un camion automobile, heurte avec sa remorque un cycliste, et est condamné en correctionnelle. Le Tribunal des Conflits considère que ce fait n'est pas constitutif d'une faute se détachant de l'exercice des fonctions, « que, d'autre part, la circonstance que ce fait a été poursuivi devant la juridiction correctionnelle en vertu des dispositions du nouveau code de justice militaire sur la compétence et puni par application de l'art. 320 Code pénal, ne saurait, en ce qui concerne les réparations pécuniaires, eu égard aux conditions dans lesquelles il

(1) Arrêt Babouet, précité.

(2) THÉPAZ, 14 janvier 1935, S. 1935.3.17, note ALIBERT.

a été commis, justifier la compétence de l'autorité judiciaire saisie d'une poursuite civile exercée accessoirement à l'action publique ».

On arrive ainsi, par étapes, à cette « solution singulière », dit M. MESTRE, qui consiste en ce qu'un délit exclue la responsabilité civile de l'agent.

En ce qui concerne les actes juridiques administratifs, il semble que la jurisprudence s'attache avant tout à dégager le but poursuivi par l'auteur. Si ce dernier est poussé par une animosité, une hostilité personnelle, il y aura faute personnelle (1).

Quand, au contraire, le fonctionnaire a en vue l'intérêt du service, il n'encourt pas de responsabilité. Il a été jugé ainsi dans la célèbre affaire Laumonnier-Carriol (2). Un arrêt du préfet de Maine-et-Loire ayant ordonné la fermeture de la fabrique d'allumettes de M. Laumonnier-Carriol, celui-ci poursuivit pour faute personnelle le préfet ainsi que les anciens ministres des Finances Bodet et Magne, l'indemnité prévue par la loi ne lui ayant pas été versée. La décision avait fait l'objet d'une annulation pour excès de pouvoir. Le Tribunal d'Angers s'étant déclaré compétent, le préfet éleva le conflit, en affirmant que « l'Administration dont la décision est cassée par le Conseil d'Etat n'encourt pas de plein droit une responsabilité personnelle ». Le Tribunal des Conflits confirme l'arrêté de conflit et considère qu'il y a faute de service, le préfet ayant agi « dans l'intérêt des services financiers de l'Etat ».

De même, le 27 février 1903, un arrêt Olivier-Zimmermann (3) dégage la responsabilité d'un préfet qui avait

(1) Confl. 8 novembre 1902; C.E. 23 juillet 1909 et 22 juillet 1910, Fabrégues, S. 1911.3.121, note HAURIU.

(2) Confl. 5 mai 1877, D. 78.3.13.

(3) S. 1905.3.17, note HAURIU.

commis un « ensemble de mesures abusives » pour couvrir la responsabilité de ses subordonnés, bien qu'il eût indubitablement commis une faute lourde (1).

Mais lorsqu'il y a malveillance, il s'agit d'une faute personnelle (2).

Les voies de fait entraînent une responsabilité personnelle de l'agent qui les a commises (3). La voie de fait, notion assez imprécise du Droit administratif, a été définie de la façon suivante par M. BONNARD (4) : C'est « le caractère que prennent dans certaines circonstances les actes matériels d'exécution accomplis par les agents administratifs. La voie de fait consiste en ce que l'acte matériel d'exécution perd son caractère d'acte administratif à raison de certaines illégalités graves dont il est entaché ». Ces irrégularités peuvent exister soit dans la décision exécutée, soit dans l'acte d'exécution lui-même, par « manque de droit », ou par « manque de procédure », comme le dit M. HAURIU.

Les voies de fait sont, souvent, d'ailleurs, motivées par une animosité personnelle : Confl. 2 avril 1881, Beaupertuis; Châteauroux, 13 décembre 1898 (5); Abbé Piment, Confl. 22 avril 1910 (6) (sonnerie de cloches pour un enterrement civil). Il s'agit dans ces derniers arrêts d'atteintes portées à la liberté des cultes.

En dehors de la malveillance, la jurisprudence retrouve une faute personnelle dans d'autres exemples

(1) Dans le même sens, voir notamment: Confl. 29 novembre 1879, 13 décembre 1879, 16 avril 1880, 26 juin 1897, 21 mai 1881, 3 décembre 1892, 2 mars 1901, 24 décembre 1904, 12 décembre 1908.

(2) Cass. Civ. 26 mai 1897. D. 1897.1.578.

(3) Confl. 13 novembre 1875; Lacombe.

(4) BONNARD: *Précis de Droit administratif*, 3^e éd., p. 211.

(5) D. 1900.2.63.

(6) Rec. P. 323 et suiv.

de voies de fait. Ainsi, dans un arrêt Maudière (1), un maire avait fait procéder à la démolition d'un immeuble dangereux sans que le Conseil de Préfecture l'ait ordonnée, conformément à la loi. Sa responsabilité est retenue.

Il a été jugé de même, notamment, dans l'arrêt Immarigeon (2) (voies de fait sur un individu, au cours d'une arrestation par un agent de police), ainsi que dans une affaire « Action Française » (3).

De même, en cas de faute lourde, d'erreur grossière, la jurisprudence considère qu'il y a faute personnelle (4). Arrêt Pradines (Confl. 31 juillet 1875) : un pont s'étant effondré, l'ingénieur, le conducteur et le surveillant furent condamnés. — Arrêt Mascaras (Confl. 15 mars 1902) : une jeune femme meurt, par suite d'un diagnostic erroné des médecins et dans des circonstances impliquant de la part de ceux-ci une négligence impardonnable;

Confl. 9 mai 1908, veuve Gérôme (4) : un receveur des postes accuse un de ses employés de détournement d'un registre, en l'ayant lui-même égaré;

Confl. 2 juin 1908, Girodet c/ Morizot (5) : un instituteur ayant tenu des propos obscènes devant ses élèves est considéré comme ayant commis une faute personnelle;

En cas de dol de l'agent, il y a responsabilité personnelle de ce dernier. Arrêt Novarro, 14 décembre 1925 (6) : un agent délivre à un particulier une carte d'identité de chemin de fer, sans le prévenir que son droit pourrait être contesté, ordonne à ses subordonnés de surprendre

(1) Confl. 19 mars 1904.

(2) Confl. 25 février 1922, Rec. p. 185.

(3) Confl. 8 avril 1935; D. 35.3.25. S. 35.3.76.

(4) Rec. p. 501.

(5) Trib. Confl. 2 juin 1908.

(6) Rec. p. 1008.

le porteur de la carte, puis dénonce ce dernier au Parquet pour escroquerie.

Il est difficile de résumer les traits généraux d'une jurisprudence aussi abondante et aussi variée que celle née à propos de la responsabilité encourue par les agents administratifs. Il semble toutefois en ressortir que les tribunaux s'attachent à examiner les circonstances de la cause en utilisant un critérium subjectif, et à considérer que seule la faute détachable de la fonction engage la responsabilité pécuniaire du fonctionnaire. Mais une évolution se dessine très nettement au sein de cette jurisprudence, tendant à restreindre de plus en plus le domaine de la responsabilité personnelle en accroissant d'autant le champ de la responsabilité administrative. Nous en trouverons des exemples en étudiant la faute de service.

CHAPITRE IV

LA FAUTE DE SERVICE

La notion de la faute de service public, en dépit des théories subsidiaires, telles que celle du risque ou de l'enrichissement sans cause, auxquelles le Conseil d'Etat a parfois recours dans un esprit d'équité (Cf. *supra*, Ch. II), demeure la base essentielle de la responsabilité administrative. Mais cette conception a subi une évolution remarquable.

Lorsque l'arrêt Pelletier consacrait la distinction fondamentale entre le fait personnel et l'acte administratif, il n'était pas encore question d'une « faute », mais seulement d'un « fait » de service; l'irresponsabilité de la puissance publique demeurait la règle. Cet acte administratif, ce fait de service se définissait de façon toute négative, par opposition au fait, ou à la faute personnelle. Dans la première étape de la jurisprudence consécutive à l'arrêt Pelletier, tandis que la faute personnelle est la faute lourde, exceptionnelle, le fait de service correspond à un fonctionnement défectueux, certes, du service, mais qui rentre plus ou moins dans les traditions de celui-ci. Dans une note sous l'arrêt Mohamed ben Belkassem (1). M. HAURIOU écrivait : « La théorie aboutit donc à une distinction entre la faute légère, dite administrative, qui ne dénature pas l'acte, et la faute lourde qui le dénature ».

Lorsqu'aucune faute personnelle ne pouvait être mise à la charge d'un agent public, la victime du dommage

(1) S. 1893.III.65.

ne pouvait attaquer l'acte administratif incriminé qu'au moyen d'un recours pour excès de pouvoir (1), et se trouvait en fait dépourvue de tout droit à une réparation. M. JÈZE, dans une note célèbre à la Revue de Droit Public (2), s'élevait avec raison contre cette théorie qui aboutissait, dans la pratique, à des solutions choquantes. « Pour quelle raison, dit-il, distinguer entre les fautes et donner moins de chances de réparation à mesure que la faute devient plus grave ? ».

La jurisprudence, d'ailleurs, ne s'en tenait pas exclusivement à cette assimilation de la faute personnelle et de la faute lourde. Elle l'avait bien montré, quand en 1903 elle avait considéré, dans l'arrêt Olivier-Zimmermann, qu'il y avait un fait de service alors que le Préfet, en l'occurrence, s'était rendu indubitablement coupable d'une faute grave. Mais, dans cette première phase, le principe de l'irresponsabilité de la puissance publique continue à s'opposer, en général, à l'allocation d'indemnités. C'est la solution consacrée dans l'arrêt Lepreux (3).

Peu à peu, cependant, l'idée de responsabilité de l'Etat se fait jour. Elle n'apparaît, tout d'abord, que dans des arrêts d'espèce, en cas d'accidents d'une gravité exceptionnelle, ayant entraîné des blessures ou la mort, notam-

(1) D'après la définition si précise donnée par M. ROLLAND dans son Précis de Droit Administratif (n° 368), le recours pour excès de pouvoir est « un recours par lequel un particulier, lésé dans ses intérêts par une décision exécutoire d'un administrateur actif, demande à un juge (le Conseil d'Etat le plus souvent, ou, dans certains cas, le Conseil de préfecture): 1° de constater avec force de vérité légale: a) ce qu'est, en une matière déterminée, le droit objectif positif; b) la non-concordance de la décision le lésant avec ce droit objectif positif; 2° de prononcer, en conséquence, l'annulation de cette décision ».

(2) 1910, p. 72.

(3) C.E. 13 janvier 1899, R. p. 17, S. 1900.III, p. 16, note HAURIOU.

ment en cas d'accidents du travail (1), en cas de dommages causés dans les ports à des navires (2), ou encore lorsqu'il s'agit de mesures illégales, qui ont été annulées pour excès de pouvoir (3).

Dans deux arrêts, Maugère et Sengès (4), l'accident du travail dont il s'agit est considéré comme imputable « à la faute de l'Administration ». L'idée est en marche. Dans ses conclusions sous l'arrêt Le Berre, M. le Commissaire du Gouvernement Teissier s'en était déclaré partisan. Un grand arrêt de principe, Tomaso-Grecco (5), va la consacrer, en employant pour la première fois l'expression : « faute du service public ».

Les faits, dans cette espèce, étaient les suivants: dans une ville de Tunisie, un taureau furieux s'était échappé, et était poursuivi par la foule armée à laquelle s'étaient joints trois gendarmes. Le sieur Tomaso-Grecco, blessé dans sa maison par un des coups de feu qui avaient été tirés, prétendait en rendre personnellement responsable l'un des gendarmes. Le conflit ayant été élevé, puis confirmé, le Conseil d'Etat reçut la demande, mais la déclara mal fondée, « considérant qu'il ne résulte pas de l'instruction que le coup de feu qui a atteint le sieur Grecco ait été tiré par le gendarme Mayrigue, ni que l'accident dont le requérant a été victime *puisse être attribué à une faute du service public dont l'Administration serait responsable* ».

Cette jurisprudence est confirmée par les nombreux

(1) C.E. juin 1895, Cames.

(2) C.E. 30 juillet 1897, Lloyd anglais; 17 janv. 1902, Saffrey; 6 mai 1881, Tysack, R. p. 469; 21 juillet 1882, Turnbull, R. p. 705.

(3) Morton, 27 novembre 1891, R. p. 702; Toutain, 9 juin 1899, R. p. 421; Zimmermann, précité; Le Berre, 29 mai 1903, R. p. 414. S. 1904.III.121, note HAURIOU.

(4) C.E. 17 février 1893 et 3 décembre 1897.

(5) 10 février 1905, R. P. 139, S. 1905.III.113, note HAURIOU.

arrêts rendus par la suite : Arrêt Auxerre, du 17 février 1905 (1) (soldat tué accidentellement au cours de manœuvres militaires); — Pluchard, 24 décembre 1909 (2) accident causé à un particulier par un agent de police poursuivant un malfaiteur; — Thévenet, 22 juin 1914 (3) (accident causé par un tir forain, l'Administration ayant négligé de s'assurer que les précautions nécessaires avaient été prises), etc...

En outre, les arrêts Feutry, du 29 février 1908 (4); de Fonscolombe, 11 avril 1908 (5), et Joullié, 23 mai 1908 (6), en étendant aux personnes morales de droit public autres que l'Etat la compétence des tribunaux administratifs, développaient par là même le champ d'application de la notion de faute de service.

Nous voyons ainsi se dégager, dans ses lignes essentielles, l'évolution qui, partant du principe de l'irresponsabilité de la puissance publique, aboutit à sa responsabilité pour faute du service. Cette évolution ne s'est d'ailleurs pas arrêtée là, et tout en restant dans le cadre juridique de la faute, elle a donné, dans le dernier état de la jurisprudence, une telle ampleur à la notion de faute du service qu'elle en arrive à qualifier ainsi des faits qui constituent indéniablement une faute personnelle de l'agent. Nous reviendrons sur ce point. Mais nous apercevons déjà le renversement de la règle traditionnelle et la substitution d'une responsabilité presque absolue à l'irresponsabilité de principe.

« La théorie de la faute du service public, écrit

(1) F. p. 165, S. 1905.III.113.

(2) Rec., p. 1029.

(3) Rec., p. 44.

(4) R. p. 208, S. 1908.III.97, note HAURIOU.

(5) R. p. 448, S. 1909.III, p. 49, note HAURIOU.

(6) R. p. 569.

M. DUEZ (1), ...constitue le « droit commun » de la matière de la responsabilité de la puissance publique. Sans doute certains domaines lui échappent, que la responsabilité n'y soit pas admise, ou que la responsabilité y soit construite sur d'autres données que celle de la faute du service public. Mais il s'agit là d'autant d'exceptions à la règle; et la règle, c'est la responsabilité pour faute du service public. »

Cette responsabilité, dont nous avons déjà mis en lumière le caractère particulier, détaché des conceptions civilistes, va se trouver gouvernée par des règles spéciales. L'appréciation des faits, dans le cadre autonome du droit administratif, se basera sur des considérations particulières à cette matière. Alors en effet qu'en droit privé toute faute, nous l'avons rappelé, engage la responsabilité de son auteur, M. ROMIEU, dans ses conclusions magistrales sous l'arrêt Tomaso-Grecco, pouvait écrire : « Toute erreur, toute négligence, toute irrégularité (même de nature à motiver une annulation pour excès de pouvoir), n'entraînera pas nécessairement la responsabilité pécuniaire de la puissance publique. Il appartient au juge de déterminer, dans chaque espèce, s'il y a une faute caractérisée du service de nature à engager sa responsabilité, et de tenir compte, à cet effet, tout à la fois de la nature de ce service, des aléas et des difficultés qu'il comporte, de la part d'initiative et de liberté dont il a besoin, en même temps que de la nature des droits individuels intéressés, de leur importance, du degré de gêne qu'ils sont tenus de supporter, de la protection plus ou moins grande qu'ils méritent et de la gravité de l'atteinte dont ils sont l'objet. »

Deux ordres de considérations vont en effet entrer en jeu : d'une part, le développement croissant du rôle joué

(1) DUEZ, op. cit., p. 26.

par les services publics dans la vie quotidienne a pour conséquence la multiplication des dommages que ceux-ci peuvent causer dans les rapports avec les individus. L'équité exige qu'ils soient réparés. D'autre part, il est nécessaire de tenir compte des difficultés que rencontrent ces mêmes services, et de ne pas paralyser leur activité en les rendant responsables de tout préjudice souffert par des particuliers du fait de leur fonctionnement. C'est au maintien d'un équilibre équitable entre ces deux intérêts que va se consacrer la jurisprudence administrative.

« C'est ainsi, écrit M. BONNARD (1), que dans cette matière de la responsabilité de l'Administration se révèle particulièrement cette tendance réaliste — qui est une des heureuses caractéristiques de la jurisprudence du Conseil d'Etat — cette tendance réaliste qui sait tenir compte de la nature complexe des choses et qui induit les règles des nécessités et possibilités pratiques plutôt que les déduire de principes abstraits. C'est là, d'ailleurs, la vraie et saine méthode pour élaborer le contenu du droit... C'est grâce à cette tendance réaliste que le Conseil d'Etat sait écarter les systèmes trop rigides, et nuancer ses solutions d'après les services et en tenant compte des besoins et des nécessités de chacun. »

La jurisprudence a ainsi établi un système dans lequel la responsabilité du patrimoine public peut être retenue, alors même qu'on ne peut trouver à l'origine du dommage une faute d'un agent administratif. Ainsi que le note M. BONNARD (1), la dénomination de « faute du service public » indique qu'il s'agit d'une « irrégularité d'origine anonyme et d'aspect objectif dans l'organisation et le fonctionnement du service public ». Dans ces conditions, la partie lésée n'a plus à démontrer l'exis-

(1) Note sous Garcin, S. 1931, p. 97.

tence d'une faute au sens étroit du mot, mais seulement d'une faute du service public, c'est-à-dire qu'il doit faire la preuve que le préjudice qu'il a souffert provient d'une « mauvaise organisation ou d'un fonctionnement défectueux du service ».

Quels vont être dès lors les cas où la jurisprudence considère que les faits incriminés constituent une faute de service ?

M. DUEZ en donne une division classique sous trois chefs :

1° *Le service a mal fonctionné.*

De très nombreux arrêts consacrent la responsabilité de l'Etat pour fonctionnement défectueux du service. Nous nous contenterons d'en citer quelques-uns.

Tout d'abord, en cas d'accidents, rappelons, en matière de police, l'arrêt Pluchard précité, (passant renversé par un agent de police lancé à la poursuite d'un malfaiteur). De même, la responsabilité de l'Etat a été retenue dans un cas où un manifestant avait été tué par un garde mobile (dame Guiraud) (1). En matière d'accidents causés par des tirs militaires, arrêt Auxerre, précité (2), ou par des chevaux de l'armée, arrêt Archambault-Perragut (3); par un avion militaire, Rapin (4). Dans cette espèce, le pilote s'était livré, au-dessus d'une agglomération, à des exercices acrobatiques au cours desquels il provoqua la mort de son mécanicien et d'une autre personne, en blessa cinq autres, et causa des dommages à plusieurs immeubles. L'arrêt proclame que l'Etat est « responsable du fonctionnement du service public incriminé ».

(1) Rec., p. 364.

(2) 17 février 1905, Rec. p. 165.

(3) C.E., 17 juin 1934, Rec. p. 486.

(4) C.E. 9 novembre 1928, Rec. p. 1153.

La responsabilité administrative est encore engagée, pour défaut de surveillance, dans le cas d'un enfant soigné dans un hôpital, qui s'était étranglé, en tombant, avec la courroie qui l'attachait à son lit (1).

L'Etat a été aussi reconnu responsable de la mauvaise exécution de travaux (2), de l'état défectueux du matériel administratif (3) ou des locaux publics (4), de la perte de documents (5), d'erreurs juridiques (6).

2° Le service a fonctionné tardivement.

Dans plusieurs arrêts, le Conseil d'Etat a jugé que la responsabilité de l'Administration était engagée du fait des préjudices résultant, pour des particuliers, de la lenteur excessive de ses services.

La question de principe s'est posée dans deux arrêts, Baès, 8 juin 1917 (7), et Gaillard, 26 avril 1918 (8). Par la suite, le Conseil d'Etat a considéré la responsabilité de l'Administration comme devant être retenue dans différentes affaires.

C'est ainsi que dans l'arrêt Brunet, du 18 juillet 1919 (9), un mineur s'étant engagé dans la Légion étrangère sous un nom d'emprunt, le père de celui-ci demanda sa libération. La demande ayant été transmise avec un retard

(1) Véra, 5 novembre 1931, Rec. p. 953.

(2) C.E. 9 juin 1926, Ministre des Travaux publics, Rec. p. 571.

(3) C.E. 20 avril 1934, Le Meut, Rec. p. 463.

(4) C.E. 3 février 1911, Anguet, Rec. p. 146; — C.E. 30 octobre 1934, dame Chiffolleau, Rec. p. 988.

(5) C.E. 20 juin 1884, Montié, Rec. p. 849; — C.E. 16 juin 1922, dame Lamaison, Rec. p. 520 (sol. a contrario); — C.E. 17 décembre 1926, dame Werlen, Rec. p. 1123.

(6) C.E. 27 janvier 1933, Azibart, Rec. p. 135; — C.E. 4 juin 1924, dame veuve Noël, Rec. p. 546; — C.E. 7 mars 1924, Bourgeois, Rec. p. 271.

(7) Rec. p. 455.

(8) S. 1920.III.49, note HAURIOU.

(9) Rec. p. 650; D. 1920.III.7, note APPLETON.

de trois mois, le jeune homme fut tué dans un combat avant que sa libération n'intervienne. Le Conseil d'Etat a décidé qu'il y avait faute du service public.

Il en a été de même dans une affaire Malou-Dupré (1), dans laquelle le propriétaire d'un chien mis à la fourrière avait réclamé celui-ci, qui fut abattu avant que la demande ne soit parvenue au service intéressé.

Un jeune soldat, le sieur Poirey (2), ayant été incorporé illégalement dans une citadelle et y ayant été retenu pendant plus de deux mois malgré ses protestations, le Conseil d'Etat déclare que « par ce retard, que rien ne justifie, il est causé au sieur Poirey un préjudice dont il est fondé à demander réparation ».

Enfin, la responsabilité de l'Administration a été mise en jeu pour le retard apporté dans l'application d'une loi (3), pour le retard d'un Conseil de discipline à se prononcer sur des poursuites à intenter (4), pour le retard à délivrer un alignement (5), etc...

3° *Le service n'a pas fonctionné.*

Lorsque le service se trouvait dans l'obligation d'agir et qu'il ne l'a pas fait, le patrimoine administratif est responsable des dommages encourus du fait de cette omission. « Cette application de la théorie de la faute du service public est capitale, remarque M. DUEZ (6) : par elle, le Conseil d'Etat acquiert un certain droit de regard sur le pouvoir discrétionnaire de l'Administration. S'il ne peut pas enjoindre directement à l'Adminis-

(1) C.E. 25 novembre 1921, Rec. p. 975.

(2) S.E. 25 juin 1924, Rec. p. 594.

(3) C.E. 6 juillet 1934, Société Van Outryve, Rec. p. 788, et R.D.P. 1934, p. 629 et ss.

(4) C.E. 29 juillet 1932, Liénard, Rec. p. 821.

(5) C.E. 23 mars 1923, époux Buffard, Rec. p. 283.

(6) Op. cit., p. 30.

tration d'agir, il pourra la déclarer responsable des conséquences de son inaction, alors même que cette inaction ne constitue pas une illégalité au sens strict du mot, parce qu'on ne se trouve pas en face d'un cas de compétence liée. »

Cette responsabilité du service apparaît notamment en matière de travaux publics, à l'occasion d'accidents dus soit à l'absence ou à l'insuffisance de travaux, soit au défaut d'entretien ou de surveillance de l'ouvrage, soit enfin au défaut de signalisation des dangers présentés par eux (1).

En d'autres matières, l'Etat a également été jugé responsable pour des dommages causés par l'absence de précautions, le défaut de surveillance.

Ainsi, dans l'arrêt Garcin, du 23 janvier 1931 (2), le préfet n'ayant pas fait interner un fou dangereux, qui tua deux personnes, l'Etat est condamné à réparation. Dans l'affaire Thévenet, précitée, le Conseil d'Etat, « considérant que l'autorité municipale chargée de veiller à la sécurité des places et voies publiques a négligé de s'assurer que l'emplacement et l'installation du tir offraient des garanties suffisantes pour cette sécurité », déclare la commune responsable de l'accident. Il en est de même en cas d'accidents s'étant produits au cours

(1) C.E. 16 mai 1930, Ministre des Travaux publics, Rec. p. 527; — C.E. 7 novembre 1934, département du Loiret, Rec. p. 1028; — C.E. 10 mai 1907, département de la Dordogne, Rec. p. 438; — C.E. 27 janvier 1890, Chedru, Rec. p. 619; — C.E. 13 décembre 1911, consorts Leclercq, Rec. p. 1185; — C.E. 12 novembre 1921, Bousquet, Rec. p. 935; — C.E. 27 juin 1930, commune de Laguëpie, Rec. p. 169; — C.E. 11 avril 1924, Chapuis, Rec. p. 400; — C.E. 16 décembre 1931, Lloubès, Rec. p. 1123; — C.E. 21 avril 1932, Ligonnet, Rec. p. 403; — C.E. 1^{er} juin 1932, Préfet de la Meuse, Rec. p. 537; — C.E. 8 avril 1933, ville de Boulogne-sur-Mer, Rec. p. 474.

(2) Rec. p. 91.

de fêtes populaires (1), ou survenus à des élèves dans des écoles (2), ou encore en cas de dommages causés par des personnes sur lesquelles le service a exercé une surveillance insuffisante (aliénés, élèves, etc...) (3).

Enfin, une jurisprudence récente considère que le défaut d'application de la loi ou du règlement, à une personne déterminée, dans un cas spécial, peut entraîner la responsabilité de l'Etat, à condition que le refus d'application soit systématique et illégal (4).

Il convient de remarquer que, dans une même espèce, plusieurs des éléments relevés plus haut (absence de fonctionnement, fonctionnement tardif ou défectueux) peuvent se trouver réunis.

C'est ainsi que dans une affaire Masqueret, du 8 mars 1929 (5), l'Administration a été jugée responsable des dommages causés par un bœuf échappé des abattoirs, les portes n'ayant pas été fermées à temps, et la Ville de Paris n'ayant pas pris les précautions nécessaires. La responsabilité est mise en jeu ici à la fois par le retard et par le défaut de fonctionnement.

De même, dans l'arrêt Zulémaro (6), deux déportés évadés ayant commis des crimes, l'Administration a été tenue responsable pour défaut de surveillance des lieux

(1) C.E. 22 novembre 1929, Charles, Rec. p. 1011; — C.E. 20 mars 1929, Chauveau, Rec. p. 352; — C.E. 26 novembre 1931, Brisset, Rec. p. 1034; — C.E. 20 avril 1934, dame Lorain, Rec. p. 465.

(2) C.E. 23 novembre 1917, ville de Toulouse, Rec. p. 762; — C.E. 22 juillet 1921, Viala, Rec. p. 750; — C.E. 18 juillet 1930, Moreau, Rec. p. 769.

(3) C.E. 12 mai 1926, Pailhe, Rec. p. 482; — C.E. 4 février 1927, Rocher, Rec. p. 156; — C.E. 27 janvier 1933, de Bony, Rec. p. 135; — C.E. 14 juin 1933, dame Rivoal, Rec. p. 630.

(4) V. DUEZ, op. cit., p. 33 et la jurisprudence citée.

(5) Rec. p. 276.

(6) C.E. 4 janvier 1918, Rec. p. 9, D. 1920.111.1, note APPLETON.

où s'étaient réfugiés les évadés (absence de fonctionnement du service) et pour retard du service à faire appel à la gendarmerie.

Dans un arrêt Barneyrat, du 21 juin 1935 (1), deux associés avaient adressé une demande en décharge auprès de l'Administration des Finances, en sollicitant un sursis jusqu'à la fin de l'instruction. Néanmoins, l'Administration continua à poursuivre et opéra une saisie. La société dut être liquidée et le sieur Barneyrat se trouva ruiné. Une indemnité lui fut accordée par le Conseil d'Etat. On peut relever dans cette espèce la coexistence d'un défaut de fonctionnement, la demande de sursis n'ayant pas été prise en considération, d'un fonctionnement défectueux du service, en raison de la manière dont avaient été exercées les poursuites, et enfin un retard de fonctionnement, la mainlevée de la saisie ayant été effectuée trop tard (2).

Nous avons déjà signalé que le Conseil d'Etat s'attache à maintenir un juste équilibre entre les intérêts en présence, le préjudice souffert exigeant réparation, d'une part, mais, d'autre part, l'allocation d'indemnités ne devant avoir lieu que dans certains cas, afin de ne pas entraver la bonne marche des services publics.

Pour que des dommages-intérêts puissent être accordés, la haute juridiction administrative exige, en conséquence, que le préjudice soit certain, qu'il puisse être évalué en argent (3), et enfin qu'il présente une certaine gravité. Une irrégularité de peu d'importance n'aura pas pour effet de rendre le patrimoine administratif responsable. C'est ainsi que dans un arrêt Duplan, du 17

(1) S. 1935.III.89.

(2) Cf. DEFRENOIS: *La faute du service public*, Th. Bordeaux, 1937.

(3) C.E. 25 juillet 1919, Guinot, Rec. 1919, p. 689; 20 novembre 1931, D.P. 1934.3.25.

juin 1921 (1), le Conseil d'Etat décide que les conditions dans lesquelles un maire a exercé ses fonctions, « en admettant même qu'elles n'aient pas été entièrement régulières, n'ont pas été de nature à engager la responsabilité de la commune ».

La responsabilité s'appréciera d'après les circonstances, et de façon d'autant moins sévère que le service s'effectue dans des conditions plus difficiles ou plus délicates.

Par exemple, dans les services d'assistance, la responsabilité d'un hôpital sera engagée pour simple faute quand il s'agit des services administratifs, mais en ce qui concerne les services médicaux ou chirurgicaux, il faudra une faute lourde (2).

Il en va de même pour les services de la police, « dont les interventions sont fréquentes, subordonnées à des conditions délicates à apprécier, exposées à des risques d'erreur et qui, ainsi, peuvent causer fréquemment des dommages » (3), ainsi que pour les accidents dont les aliénés internés peuvent être les victimes ou les auteurs. Seule une faute grave engage la responsabilité de l'Administration (4).

La même exigence joue en matière d'accidents causés par des candidats au permis de conduire (5), en matière de mesures touchant à la sécurité nationale, ou encore

(1) Rec. p. 594.

(2) C.E. 8 novembre 1935, Loiseau et Philipponeau, S. 1936.3. 127; D. 1936.III.15.

(3) BONNARD, note sous Garcin, 23 janvier 1931, S. 31.III.97.

(4) C.E. 24 juin 1921, Lupiac, R. p. 632; — Lüdemann, C.E. 12 avril 1924, R. p. 409; — C.E. 27 octobre 1933, dame Guillaumie, R. p. 974; — C.E. 14 juin 1933, dame Rivoal, R. p. 630; — C.E. 21 décembre 1934, dame veuve Pannetier, R. p. 1224.

(5) C.E. 31 octobre 1928, Pernot, R. p. 1106.

en ce qui concerne le recouvrement des impôts (1). Dans ces derniers arrêts, le Conseil d'Etat exige qu'il y ait une « faute manifeste et de particulière gravité », ou une « faute d'exceptionnelle gravité ».

En revanche, la responsabilité de l'Administration sera conçue de façon d'autant plus large que le fonctionnement du service se rapproche davantage du mode d'exploitation des entreprises privées ou qu'il offre plus de danger pour les particuliers (2), notamment en matière d'accidents causés par des automobiles de l'Administration.

Enfin, en règle générale, le Conseil d'Etat tiendra compte de toutes les circonstances spéciales à la cause, la responsabilité s'appréciant de façon plus restrictive en période de guerre, de troubles, qu'en temps normal, aux colonies qu'à la métropole (3), pour les accidents survenus durant la nuit que pour ceux arrivés dans la soirée (4).

En ce qui concerne la *victime* du dommage, le Conseil d'Etat prend en considération le lien qui la rattache au service public, et apprécie plus largement la responsabilité de l'Administration envers le tiers qu'envers l'usager. Il tient compte également du degré de coopération apporté par la victime au service (exemple: arrêt Lefébure, du 5 février 1901, concernant un réserviste conduisant une auto en service commandé et causant un acci-

(1) C.E. 1^{er} juillet 1927, Demoreuil, R. p. 739; — C.E. 17 juillet 1931, Linéard, R. p. 802; — C.E. 17 juillet 1931, Lorin, R. p. 801; — C.E. 8 juillet 1932, Larroque, R. p. 701; — C.E. 13 juin 1934, Piketty, R. p. 678; — C.E. 27 juin 1934, Demontmerot, R. p. 738; — C.E. 21 juin 1935, Barneyrat, R. P. 705, S. 1935.III.89, précité.

(2) Société d'assurances mutuelles « Les Travailleurs français », 22 décembre 1924, S. 1926.III.1, note HAURIOU, D. 1925.III.9, note APPLETON, et la jurisprudence postérieure.

(3) C.E. 4 janvier 1913, Zulemaro, R. p. 9.

(4) C.E. 31 janvier 1917, Champagne, R. p. 106.

dent) (1). Lorsque la coopération est volontaire, par exemple en cas d'accident survenu à un sauveteur volontaire (2), la responsabilité s'apprécie de façon restrictive.

Pour que l'*illégalité* d'une décision administrative entraîne la responsabilité de la puissance publique, il faut, là encore, que cette illégalité présente un certain degré de gravité. Il en sera ainsi en cas de violation de la chose jugée (3) ou de refus de l'Administration d'exécuter le jugement, ou encore en cas de violation de la loi (4) ou de détournement de pouvoir. Mais lorsque le dommage aurait été causé aussi bien par un acte régulier que par l'acte illégal, cette illégalité ne rendra pas automatiquement l'Administration responsable (5).

Telles sont, brièvement résumées, les caractéristiques d'un système qui partant, nous l'avons dit, du principe de l'irresponsabilité de la puissance publique, en arrive à considérer cette dernière comme responsable dans presque tous les cas, hors ceux où la faute de l'agent se détache absolument de l'exercice de ses fonctions.

Ce régime, qui reflète l'évolution des conceptions en matière sociale et administrative, présente d'indéniables avantages pour les administrés, qui se voient assurés de la réparation des préjudices qu'ils ont pu subir du fait de la marche des services publics. Mais il ne va pas, dans son état actuel, sans soulever de graves objections, tant au point de vue théorique, moral, que pratique. Le développement exorbitant du domaine de la faute de service par rapport à celui de la faute personnelle rend, en effet, à réduire presque à néant la responsabilité des agents

(1) R. p. 140.

(2) C.E. 7 février 1925, Espitalier, R. P. 135, S. 1927.III.105.

(3) C.E. 12 juin 1914, abbé Hardel, R. p. 700; — C.E. 8 août 1919, abbé Toesca, R. p. 740.

(4) C.E. 6 décembre 1935, van Cleef et Arpels, R. p. 1153.

(5) Cf. C.E. 4 novembre 1921, Monpillié, R. p. 903.

publics. Nous indiquerons, dans une deuxième partie, quelques-uns des inconvénients qui nous paraissent s'attacher à ce système qui, pour produire les effets favorables que l'on peut en attendre au point de vue de l'équité, doit selon nous, être tempéré par des mesures tendant à rétablir l'équilibre en empêchant que ne pèse sur la seule Administration — c'est-à-dire, en dernier ressort, sur les contribuables — tout le poids de la responsabilité encourue pour les fautes dites « de service ».

CHAPITRE V

LE CUMUL DES RESPONSABILITÉS

Jusqu'à une époque récente, la distinction classique entre la faute de service et la faute personnelle semblait devoir exclure nécessairement la possibilité du cumul des responsabilités de l'agent et du service. « La responsabilité de la puissance publique voyait finir son domaine au point où commençait la responsabilité personnelle de l'agent ; cette dernière constituait en quelque sorte la limite inférieure de la responsabilité de la puissance publique. »

Ce principe paraissait logique : l'agent devait répondre personnellement de sa faute, l'Administration de celle du service. En conséquence, la victime devait choisir entre les deux actions dont elle disposait et assigner soit l'agent ayant commis le préjudice qu'elle avait souffert, en se basant sur l'art. 1382 du Code civil, soit l'Administration en invoquant les règles d'équité qui gouvernent le droit public. Il est à noter qu'en droit privé, la partie lésée par le préposé d'un tiers aurait disposé simultanément de deux actions, l'une directe, fondée sur l'art. 1382, l'autre indirecte contre le commettant, en vertu de l'art. 1384. Mais nous avons déjà souligné l'hostilité témoignée par la juridiction administrative à l'admission des solutions civilistes, dont l'application devait donc être écartée.

Dans le contentieux de pleine juridiction, il y a lieu de distinguer, nous l'avons rappelé, si le fait incriminé est ou non détachable de la fonction. S'il ne se détache pas de la fonction, il s'agit d'une faute de service entraî-

nant la compétence des tribunaux administratifs. S'il s'agit au contraire d'un acte détachable, il y a faute personnelle et compétence des tribunaux judiciaires.

M. LAFERRIÈRE, dans son *Traité de la Juridiction Administrative*, déclarait ainsi : « Dans ce dernier cas (fait personnel), l'agent est personnellement responsable, et il est de principe que l'Etat ne répond pas pour lui » (1).

La règle du non-cumul, qui semblait s'imposer dans ce système, présentait cependant, dans la pratique, des conséquences désastreuses pour les administrés, qui risquaient de n'obtenir aucune réparation lorsqu'ils étaient victimes d'une faute personnelle, l'agent coupable étant souvent insolvable; et ce d'autant plus que, par définition, les fautes les plus graves constituent en général des fautes personnelles. Ceci n'avait pas échappé aux publicistes, et M. LAFERRIÈRE remarquait lui-même qu'« il est conforme à l'équité que la responsabilité de l'Etat se substitue ou s'ajoute, dans certains cas, à celle du fonctionnaire ». Dans quelques espèces, il en avait été ainsi, notamment dans la célèbre affaire Blanco, où le père de la petite victime avait assigné les conducteurs du wagonnet et l'Etat comme solidairement responsables, et avait saisi les deux juridictions. Mais le principe du cumul ne paraît admis qu'en 1909, le 12 février 1909, dans l'affaire de la Compagnie Coloniale du Congo Français (2).

Dans cette espèce, la Société requérante, liée par un contrat avec l'Etat, avait formé contre ce dernier une demande d'indemnité, en se basant sur le fait que les agissements des agents de l'Administration avaient porté obstacle au recrutement de la main-d'œuvre indigène qu'elle employait et à l'exploitation des terrains qui lui

(1) 2^e édit., t. I, p. 189.

(2) Rec. p. 153, D. p. 1910.3.111.

étaient concédés. Les considérants de l'arrêt méritent d'être soulignés. Ils déclarent, en effet, « qu'en admettant même que ces actes aient constitué des fautes personnelles, ils n'en ont pas moins été accomplis par un agent dans l'exercice de ses fonctions, et que s'il était établi qu'ils ont entravé l'exécution du contrat intervenu le 9 juin 1899 entre l'Etat et la Compagnie requérante et qu'ils ont été la cause directe d'un réel préjudice, ils pourraient être de nature à engager la responsabilité de l'Etat ».

Dans l'arrêt Carretier (1), même solution.

L'arrêt Anguet (2) met en lumière l'abandon de la règle du non-cumul. Le sieur Anguet étant entré dans un bureau de poste et celui-ci ayant été fermé avant l'heure réglementaire, dut emprunter, pour sortir, une autre issue et passer par une salle où travaillaient des employés. Ceux-ci se prirent de querelle avec lui et le jetèrent à la rue avec une telle brutalité qu'il se cassa la jambe. Bien que la faute personnelle des postiers fût évidente, et qu'ils aient été condamnés correctionnellement, la responsabilité de l'Administration n'en fut pas moins considérée comme engagée, la fermeture anticipée du bureau constituant une faute de service.

Dans certains arrêts, le Conseil d'Etat s'est attaché à rechercher si, à côté de la faute personnelle, la responsabilité de l'Etat était engagée à raison d'un défaut de surveillance. Ainsi, dans l'arrêt Beaudalet (3), un sous-officier ayant rapporté des tranchées une grenade allemande, la dévisse dans une maison où il était cantonné, causant ainsi la mort de deux personnes. Le Conseil d'Etat souligne qu'aucune surveillance n'avait été exer-

(1) 25 juin 1909, Rec. p. 616.

(2) 3 février 1911, Rec. p. 46, et S. 1911.III.137.

(3) C.E. 15 mars 1918, Rec. p. 259.

cée sur les militaires à qui il avait été interdit de conserver les engins ennemis, et admet la responsabilité pécuniaire de l'Etat.

De même, dans l'affaire époux Lhuillier (1), un soldat ivre ayant tué le fils des requérants et ayant été condamné à mort pour ce fait, le Conseil d'Etat n'en admet pas moins l'action en dommages-intérêts dirigée par les parents de la victime contre l'Etat, en se basant sur un défaut de surveillance des autorités militaires.

L'arrêt Clef, du 13 mars 1925 (2), relève à la charge de l'Etat une faute de service en s'appuyant sur les mêmes considérations.

De très nombreux arrêts consacrent l'abandon du principe du non-cumul. On peut, à l'instar de M. DUEZ, distinguer parmi eux suivant le « degré » du cumul. Tantôt il s'agit du cumul intégral des responsabilités, celle de l'agent étant entièrement recouverte par celle de l'Administration, comme dans l'arrêt Compagnie Commerciale de colonisation du Congo français, précité, ou encore dans l'arrêt Lempereur (3), dans laquelle la responsabilité de l'Etat est retenue pour des déprédations commises dans une ville par les soldats de diverses unités qui y avaient cantonné.

Tantôt, comme dans les arrêts Anguet et Lhuillier, précités, il y a seulement une coexistence des responsabilités de l'agent et de la puissance publique à raison de faits distincts.

Tantôt, enfin, on peut considérer que les deux responsabilités se superposent dans une certaine mesure. Tel est le cas de l'arrêt Babouet, du 16 juillet 1914 (précité), dans laquelle un contremaître ayant été con-

(1) C.E. 14 novembre 1919, Rec. p. 819.

(2) S. 1926.III.37.

(3) 6 mai 1918, Rec. p. 419.

damné personnellement pour imprudence dans la conduite de travaux, et qui avait causé la mort de Mme Babouet et de graves blessures à M. Babouet, le Conseil d'Etat considère que cette condamnation « ne saurait avoir pour effet de priver ce dernier du droit de poursuivre directement la réparation du préjudice par lui souffert ».

De nombreux arrêts consacrent cette superposition partielle des responsabilités (1). Il en va de même dans le fameux arrêt Lemonnier, du 26 juillet 1918 (2). Les faits étaient les suivants. Au cours d'une fête foraine, un tir sur buts flottants était installé sur le bord de la rivière. Les époux Lemonnier s'étant engagés dans un chemin public, le long de la rivière, Mme Lemonnier fut grièvement blessée par une balle. Les conjoints Lemonnier assignèrent le maire de la commune, qui fut condamné pour faute personnelle par les tribunaux judiciaires, puis, avant que cette condamnation ne fut intervenue, ils intentèrent une action contre la commune pour faute de service. Le Conseil d'Etat condamna cette dernière à des dommages-intérêts. Il affirme la possibilité du cumul des deux actions, « considérant que la circonstance que l'accident serait la conséquence d'une faute d'un agent administratif préposé à l'exécution d'un service public, laquelle aurait le caractère d'un fait personnel de nature à entraîner la condamnation de cet agent par les tribunaux judiciaires à des dommages-intérêts et que même cette condamnation aurait été effectivement prononcée, ne saurait avoir pour conséquence de priver la victime de l'accident du droit de

(1) C.E. 9 novembre 1928, Rapin, Rec. p. 1153, précité; — C.E. 30 juillet 1924, Compagnie Générale Française des Tramways, Rec. p. 750, etc...

(2) R.D.P. 1919, p. 41.

poursuivre directement contre la personne publique qui a la gestion du service incriminé, la réparation du préjudice souffert ».

Cet arrêt constitue le grand arrêt de principe en cette matière, et dans des conclusions justement célèbres, M. le Commissaire du Gouvernement Léon Blum pose le problème avec une saisissante clarté.

« Le juge civil, écrit-il, n'est compétent que lorsque la faute de l'agent se détache totalement du service. Le juge administratif ne serait incompétent que si le service se détachait d'une manière totale de la faute présumée de l'agent. Il y a donc coexistence possible d'une faute que l'autorité judiciaire pourra considérer comme personnelle à l'agent, et engageant sa responsabilité propre, avec une faute administrative que l'autorité administrative devra considérer comme faute de service engageant la responsabilité de l'Administration.

« Ce cumul de responsabilités et par suite d'actions pourra se produire dans les cas limites, par suite de divergences d'appréciation entre les deux autorités ». (C'est le cas de l'affaire Lemonnier.) Mais il pourra se produire aussi dans tous les cas où la faute de l'agent constitue une faute pénale. La faute est alors considérée comme personnelle à l'agent. « Cependant, si elle a été commise dans le service, ou à l'occasion du service, si les moyens et les instruments de la faute ont été mis à la disposition du coupable par le service, si la victime n'a été mise en présence du coupable que par l'effet du jeu du service, si en un mot, le service a conditionné l'accomplissement de la faute ou la production de ses conséquences dommageables vis-à-vis d'un individu déterminé, le juge administratif, alors, pourra et devra dire : La faute se détache peut-être du service, c'est affaire aux tribunaux de décider, mais le service ne se détache pas de la faute. »

Il convient de noter que le cumul des actions est possible, même lorsque la faute personnelle n'a pas été commise par un agent public, mais par un simple particulier. C'est le cas de l'arrêt Thévenet (1). Il s'agissait, là encore, d'un accident de tir forain. Le tenancier de la baraque fut condamné personnellement, mais la responsabilité de la commune fut également considérée comme engagée, à raison du fonctionnement défectueux de la police municipale.

Au point de vue de la compétence, la règle du cumul va donc donner à la victime deux actions, soit dans le cas de coexistence des responsabilités, lorsqu'il y a en même temps une faute personnelle détachable et une faute de service, soit dans le cas de cumul proprement dit, lorsque la faute personnelle a été accomplie dans l'exercice de la fonction et à l'occasion de celle-ci. La partie lésée peut alors saisir indifféremment le tribunal judiciaire ou le tribunal administratif, ou les deux à la fois.

Au cas où les deux demandes viendraient à être repoussées, on se trouverait en présence d'un conflit négatif. Le Tribunal des Conflits peut alors être saisi et annule la déclaration d'incompétence portée à tort (2).

Mais si les deux demandes aboutissent, il pourrait y avoir une double condamnation à des dommages-intérêts, un cumul des indemnités excédant le montant total du préjudice.

Afin d'éviter ce danger, la jurisprudence a utilisé deux procédés. Elle a décidé que l'Administration ne serait condamnée que pour garantie (Babouet), ou elle a accordé à l'Administration une subrogation dans les droits résultant pour le demandeur des condamnations

(1) C.E. 23 juin 1916.

(2) ROLLAND: *Précis de Droit Administratif*, 1937, n° 65 et 334.

prononcées à son profit contre l'agent tenu pour personnellement responsable.

C'est la solution adoptée dans l'arrêt Lemonnier, et qui a été reprise dans des arrêts postérieurs (1).

L'adoption par la jurisprudence du principe du cumul des responsabilités souligne la tendance, que nous avons déjà signalée, d'apprécier la faute de service de façon toujours plus étendue, puisque la responsabilité de l'Etat a été considérée comme engagée pour un simple défaut de surveillance (Beaudelet, Lhuillier, précités), pour une faute de service, en somme, négative. Nous verrons ailleurs le développement de cette responsabilité s'étendre à des cas où il paraît impossible de relever aucune faute à la charge de l'Administration. Et dès lors se pose le problème de savoir dans quelle mesure la responsabilité personnelle de l'agent demeurera effective et les procédés que l'on peut suggérer pour en assurer le maintien.

(1) Rapin, précité; — C.E. 14 juin 1933, Rivoal, précité.

DEUXIÈME PARTIE

**LA RESPONSABILITÉ CIVILE
DES AGENTS ADMINISTRATIFS
VIS-A-VIS DE L'ÉTAT
ET DE LA COMMUNE**

CHAPITRE VI

Section I

§ 1. — Données du problème

Dans la première partie, nous avons essayé de retracer l'évolution de la jurisprudence et de la doctrine en matière de responsabilité des fonctionnaires *envers les tiers*. Nous allons aborder maintenant un problème bien plus délicat, celui de la responsabilité des fonctionnaires *envers l'Administration*.

Il faut distinguer ici différentes sortes de fonctionnaires. Pour certains d'entre eux, des textes édictent une responsabilité pécuniaire absolue : ce sont les comptables de deniers publics, les commissaires de guerre, les généraux commandant les corps d'armée et leurs directeurs de services, les gouverneurs des colonies.

Pour d'autres fonctionnaires, des dispositions législatives prévoient la possibilité d'un recours de l'Administration contre eux : c'est le cas des magistrats et des instituteurs.

Enfin, en l'absence de tout texte, la question de la responsabilité civile des agents envers l'Etat demeure entière. C'est donc à la doctrine et à la jurisprudence qu'il appartient de la résoudre.

Dans les solutions traditionnelles données par cette dernière, il convient, ici encore, d'opérer une discrimination entre les fonctionnaires communaux, d'une part, et les fonctionnaires de l'Etat, d'autre part. En ce qui concerne les premiers, et spécialement les maires, la jurisprudence est nettement orientée vers l'affirmation

de leur responsabilité pécuniaire envers l'Administration. Quant aux autres fonctionnaires, elle maintient leur irresponsabilité.

Cette conception a soulevé d'importantes discussions, et la doctrine s'est attachée à relever les nombreux inconvénients que présente un tel système. Ceux-ci nous paraissent se rattacher à des motifs d'ordre divers que nous allons passer en revue.

On peut les classer sous différents chefs : développement croissant de la faute de service par rapport à la faute personnelle, influence des théories du cumul et du risque, ainsi que de l'ordre hiérarchique, inefficacité de la responsabilité disciplinaire.

Développement de la faute de service. — Dans l'exercice de leurs fonctions, les agents administratifs commettent fréquemment des fautes qui causent des préjudices à la puissance publique.

Ainsi, un facteur perd des plis chargés dont le montant représente une somme importante (1). Un intendant militaire fait effectuer des livraisons irrégulières (2). Un maire fait procéder à des travaux avantageux pour lui, mais ne présentant aucun intérêt pour la commune (3). Dans de telles affaires, les personnes morales de droit public subissent une perte directement causée par le fait du fonctionnaire. En droit privé, ce dernier eut sans aucun doute été appelé à répondre de sa faute.

Nous avons vu qu'en droit public, des éléments complexes interviennent pour limiter la responsabilité de l'agent, en ne lui faisant supporter les conséquences de son acte que dans certains cas, en cas de faute lourde, en se basant sur un facteur intentionnel, sur

(1) C.E. 14 décembre 1934, Dizier, D.H. 1935.120.

(2) C.E. 21 juin 1933, Jéhin.

(3) C.E. 8 mars 1935, Magnon, D. 1935.3.12, S. 35.3.73.

le but poursuivi, sur le caractère « détachable » des fonctions qu'on peut lui attribuer (1). Par ailleurs, la faute de service se caractérise par son impersonnalité, son anonymat (2). Mais ces principes sont loin d'être appliqués avec rigueur.

Analysant les tendances récentes de la jurisprudence, M. R. BETTINGER (3) a pu affirmer qu'à l'heure actuelle « la faute personnelle n'est jamais présumée. La faute est réputée faute de service jusqu'à preuve du contraire ». De son côté, M. APPLETON (4) remarque que « Le Conseil d'Etat a en effet pratiquement renoncé aujourd'hui à la distinction très rigide entre le fait personnel du fonctionnaire et la faute de service, et reconnaît que la responsabilité de l'Administration peut être engagée dans un cas comme dans l'autre, parce que la faute personnelle de l'agent coïncide généralement avec une mauvaise organisation du service ».

L'évolution de la jurisprudence tend, dès lors, à réduire de plus en plus le domaine de la faute personnelle, et à accroître d'autant celui de la faute de service, car il suffit qu'un minimum de conditions se trouvent réalisées pour que l'Administration soit responsable envers les tiers lésés, alors même que la faute personnelle de l'agent est manifeste.

On sait qu'il n'existe pas de formule mathématique qui permette d'opérer une discrimination entre la faute personnelle et la faute de service. La qualification d'un fait dommageable dépend uniquement de l'appréciation des juges. Et il suffit de passer en revue quelques arrêts pour s'apercevoir qu'un acte qui eût été réputé

(1) Cf. 1^{re} Partie, chap. 3.

(2) Ibid., chap. 4.

(3) Raymond BETTINGER, *Le Conseil de Préfecture*, p. 38.

(4) D. 1919.1.17.

faute personnelle, il y a quelques années, se trouve aujourd'hui couvert par l'Administration

Les arrêts concernant la responsabilité des hôpitaux nous sont un exemple du développement de la faute de service qui « couvre dans une certaine mesure, voire dans une mesure très large, la faute des agents. La responsabilité de la personne morale absorbe la responsabilité qui, aux termes du droit commun, dans les rapports entre particuliers, aurait pu peser sur les agents » (1).

En cette matière, le Conseil d'Etat considère que les médecins, chirurgiens et internes des hôpitaux sont des agents publics, et que par suite leurs fautes sont des fautes de service. Mais il n'admet la responsabilité de l'hôpital qu'en cas de faute lourde du personnel médical ou chirurgical. L'arrêt Teyssier, du 12 mars 1937, précise : « La responsabilité des hôpitaux civils de Bordeaux ne pourrait être engagée qu'au cas où il aurait été commis soit une faute dans l'organisation du service, soit une faute lourde dans les soins chirurgicaux dont le sieur Teyssier a été objet » (2).

De même, l'arrêt du 8 novembre 1935, dame Philipponneau (3), rejette la demande d'indemnité formulée par la requérante qui n'a pas établi à la charge du service médical l'existence d'une faute lourde. Il n'y a donc pas faute du service public. Ainsi, c'est la faute lourde commise par les agents qui constitue la faute de service.

En matière de responsabilité des agents des P.T.T., nous pouvons relever aussi quelques décisions qui sont

(1) ROLLAND: D'après les *Répét. écrites*, Diplôme d'Etudes Supérieures, 1937-38, p. 131 et s.

(2) S. 1937.3.72.

(3) S. 1936.3.127.

significatives de l'évolution des tendances jurisprudentielles.

Ainsi, le 4 juillet 1874 (Rimbaud), le Tribunal des Conflits considère comme une *faute personnelle* le fait, pour un facteur des postes, de ne pas avoir assuré la remise d'une lettre à son véritable destinataire. A été jugé constituer une *faute personnelle*, de même, une erreur dans la transmission d'un télégramme (1).

Par contre, un facteur ayant délivré par erreur un télégramme à une fausse adresse (2), un autre s'étant trompé dans la distribution d'une lettre (3) n'ont été considérés, quelques années plus tard, comme n'ayant commis qu'un *fait constitutif d'une faute de service* n'engageant pas leur responsabilité.

En matière pénale, l'évolution est très nette. Nous avons déjà rappelé (4) que dans le premier état de la jurisprudence, toute faute pénale constituait *a priori* une faute personnelle. Des arrêts récents, cités plus haut, et notamment l'arrêt Thépaz (5), témoignent d'un revirement. Il est vrai que les circonstances de l'affaire militaient en faveur de l'indulgence à accorder à l'auteur du délit. Il n'en reste pas moins qu'on en arrive, comme le remarque M. MESTRE dans sa note précitée (6), à « cette solution singulière que la faute pénale pour laquelle a été condamné le soldat n'est pas considérée comme une faute pénale, engageant la responsabilité civile de l'agent et comportant la compétence de la juridiction civile, mais comme une faute de service engageant la responsabilité de la seule Admi-

(1) Trib. Confl. 1^{er} août 1885, Lalanne c. Dlle Redon.

(2) Trib. Confl. 24 février 1906, Vve Sureau c. Rigaudie.

(3) Trib. Confl. 8 juin 1907, Fortin c. Hévin.

(4) Cf. 1^{re} Partie, Ch. III.

(5) THEPAZ, 14 janv. 1935, S. 1935.3.17.

(6) D.H. Chr. 1935, p. 59.

nistration et comportant la compétence de la juridiction administrative ».

Il y a là une évolution générale, systématique en quelque sorte, et qu'il y aurait intérêt à arrêter. Bien plus : ce ne peut être qu'en renversant la tendance de l'évolution que l'on peut espérer replacer l'agent public dans la pleine et utile conscience de sa responsabilité.

Des décisions antérieures (1) avaient déjà considéré comme fautes de service des actes qui eussent pu constituer des infractions, mais où des poursuites pénales n'avaient pas été engagées, alors que dans l'arrêt qui nous occupe il y avait eu une condamnation prononcée.

Dans d'autres arrêts, par exemple dans les célèbres arrêts Poursines et Raymond (2), que nous retrouverons plus loin, il n'y avait pas eu de condamnation dans un cas, dans l'autre, l'agent coupable avait bénéficié d'un jugement d'acquiescement. Il n'en reste pas moins que dans l'affaire Raymond il y avait eu blessures par imprudence, que dans l'affaire Poursines un innocent avait été passé par les armes dans des circonstances qui constituaient, de la part de l'officier qui avait ordonné l'exécution, une faute d'une extrême gravité. L'Administration fut pourtant condamnée, dans ces deux espèces, pour fautes de service.

Dans d'autres arrêts, à côté de la faute personnelle indiscutable, qui engage la responsabilité de son auteur, la responsabilité de l'Administration est cependant retenue, l'acte préjudiciable ayant été commis à l'occasion des fonctions. C'est le cas d'un arrêt du Conseil d'Etat en date du 21 avril 1937. Dans cette affaire, une demoiselle Quesnel avait remis à une receveuse des postes une somme de 12.000 francs pour ouvrir un livret de

(1) C.E. 7 décembre 1917, Leb. p. 738; 18 mars 1932, S. 32.3.118.

(2) Arrêts Raymond et Poursines, S. 1916.3.17, note HAURIOU.

caisse d'épargne. La receveuse s'étant approprié cette somme, la requérante en demanda la restitution à l'Administration des P.T.T., qui refusa, alléguant que la receveuse avait commis une faute personnelle se détachant de l'exercice de ses fonctions. Le Conseil d'Etat jugea, au contraire, que la responsabilité de l'Administration était engagée, car bien que le détournement présentât le caractère de faute personnelle, c'est en qualité de receveuse des postes et dans l'exercice de ses fonctions que la dame G... avait reçu le dépôt.

Ces considérants s'inspirent sans doute des conclusions de M. L. BLUM sous l'arrêt Lemonnier. Il considère, rappelons-le, en cas de faute pénale personnelle à l'agent, que si cette dernière a été commise dans le service, ou à l'occasion du service, si les moyens et les instruments de la faute ont été mis à la disposition du coupable par le service, si la victime n'a été mise en présence du coupable que par l'effet du jeu du service, le juge administratif, alors, pourra et devra dire : « La faute se détache peut-être du service... mais le service ne se détache pas de la faute ».

On aperçoit ici nettement l'élargissement du champ d'application de la responsabilité de l'Etat. Ce dernier va se trouver responsable en dehors de toute faute caractérisée, à moins que l'on ne veuille rechercher à tout prix un défaut de surveillance de l'Administration, faute bien imprécise dans les circonstances, et qui, si elle a été rappelée dans certains arrêts, ne constitue jamais, ainsi que nous l'avons dit (1), qu'une faute toute négative.

Le *cumul* des responsabilités va tendre encore à minimiser l'importance de la faute personnelle. Ce système, ainsi que nous l'avons vu, donne en effet à la

(1) Cf. 1^{re} Partie, ch. IV.

victime deux actions, indépendantes l'une de l'autre, contre l'Administration et contre l'agent fautif. Elle peut exercer ces actions soit en même temps, soit séparément. Elle peut donc actionner directement l'Administration, dont la responsabilité est immédiate, et qui doit l'indemniser avant même que le fonctionnaire ait été condamné, sous réserve de la possibilité d'un recours contre ce dernier.

Ceci étend la responsabilité du patrimoine administratif, à telles enseignes que M. JÈZE écrivait qu'il faudrait enseigner que « la responsabilité pécuniaire de l'Administration est engagée dans tous les cas de faute, sans qu'il y ait à distinguer entre la faute de service et la faute personnelle ».

On aboutirait ainsi à faire de la responsabilité de l'Administration, non plus une responsabilité pour faute, mais une responsabilité pour *risque*, puisqu'on ne peut faire peser sur l'Administration la présomption de faute édictée par l'art. 1384, les règles du droit privé n'étant pas applicables au droit public (1).

C'est ainsi que M. FLINIAUX écrit : « L'idée de faute forcément écartée, il ne reste plus que la théorie du risque qui puisse être donnée comme la base de la responsabilité de la personne morale administrative dans le cas où, dans l'ensemble des circonstances qui ont accompagné le dommage, il est impossible de relever autre chose qu'une faute personnelle de l'agent » (2). Etant donné, d'une part, que c'est le service qui a « conditionné l'accomplissement de la faute » (3), et, d'autre part, que les administrés se trouvent forcément

(1) Cf. 1^{re} Partie, Introduction.

(2) FLINIAUX : *Le cumul de la responsabilité de l'agent et de la responsabilité de la personne morale administrative*, R.D. 1921, p. 333 et s.

(3) L. BLUM : Conclusions précitées sous l'arrêt Lemonnier.

en contact avec l'Administration, il est équitable que les risques anormaux que ce contact peut leur faire courir soient pris en charge par l'Administration. Et l'auteur ajoute que, parmi ces risques, il convient « de faire figurer en première ligne le préjudice éventuel qui peut résulter, pour les administrés, des faits personnels accomplis par les agents dans le service ». Néanmoins, M. FLINIAUX se montre partisan de circonscrire, dans toute la mesure du possible, le risque susceptible de faire peser une responsabilité sur l'Administration. L'adoption sans limitations de théories tendant à diminuer, voire à supprimer la responsabilité du fonctionnaire, présenterait des inconvénients qu'on a souvent signalés. Notamment, M. HAURIOU écrivait, dans sa note sous l'arrêt Lemonnier, à propos du cumul : « Que ces jurisprudences s'étendent et s'affirment, et il est bien clair que dans quelques années il n'y aura plus de poursuites personnelles contre les maires ni contre les fonctionnaires ». En effet, la possibilité offerte à la victime d'obtenir directement une indemnité de l'Administration, *a priori* toujours solvable, l'incitera certainement à engager d'emblée ces poursuites. Pourtant, « on doit souhaiter que l'habitude de poursuivre personnellement le fonctionnaire devant les tribunaux judiciaires ne soit pas complètement abandonnée, car l'éventualité de la responsabilité pécuniaire personnelle est encore le meilleur moyen que l'on ait trouvé pour empêcher les prévarications des fonctionnaires » (1).

Ainsi qu'on l'a remarqué à juste titre, étant donné que le principe de l'irresponsabilité de la puissance publique est aujourd'hui complètement abandonné, et que la réparation du préjudice est assurée, « le point central de tout le débat est alors de déterminer le patri-

(1) HAURIOU: Note sous l'arrêt Lemonnier, S. 1918-19.3.41.

moine responsable » (1). Pour le tiers lésé, la question ne présente guère d'intérêt, à condition qu'il ait la certitude d'être indemnisé. Le patrimoine administratif, à cet égard, lui offre une sécurité bien plus grande. Mais, en revanche, il ne faut pas oublier que le développement de la responsabilité administrative entraîne un accroissement des charges publiques dont, en définitive, les contribuables font tous les frais.

Par ailleurs, l'intérêt de la collectivité exige que les administrés puissent compter sur un bon fonctionnement des services publics, partant, sur une bonne gestion des agents qui 'y coopèrent. La responsabilité pécuniaire des fonctionnaires semble en être, nous l'avons dit souvent, une condition nécessaire.

La diversité des intérêts en présence rendent le problème difficile à résoudre. On a proposé, pour ce faire, certains procédés que nous nous réservons d'examiner plus tard. Notamment, l'Administration possède, dans certains cas, un droit de recours contre l'agent fautif. Mais l'exercice en est toujours facultatif, et l'on peut craindre que l'Administration ait une trop grande tendance à couvrir le fonctionnaire et n'en use que trop rarement.

La responsabilité du fonctionnaire est d'ailleurs profondément influencée par l'ordre hiérarchique.

En matière de responsabilité pénale, l'ordre hiérarchique constitue une excuse absolutoire pour les crimes prévus par les art. 111, 184 et 190, lorsque le fonctionnaire les a commis sur l'ordre de ses supérieurs. La peine est en ce cas applicable aux autorités hiérarchiques de qui émane l'ordre, mais l'agent reste tenu à la réparation pécuniaire.

(1) P. COT: *La responsabilité civile des fonctionnaires publics*. Thèse Paris, 1922, p. 316.

Toutefois, la contrainte constitue un fait justificatif. L'article 64 déclare en effet : « Il n'y a ni crime ni délit, lorsqu'il (le prévenu) a été contraint par une force à laquelle il n'a pas pu résister ». — Quand peut-on considérer qu'une contrainte a été exercée sur un fonctionnaire coupable ? C'est une question de fait, laissée à l'appréciation des juges. — « Il suffit, pour qu'il n'y ait pas responsabilité civile, au cas de dommage accompli sous l'emprise de la contrainte, que le juge estime qu'un individu normal aurait cédé à cette contrainte » (1).

Il n'est pas nécessaire que l'agent ait été l'objet de violences ou de menaces. Il faut qu'il n'ait pas été libre d'agir autrement qu'il l'a fait. Il a pu se borner, par exemple, à exécuter l'ordre qui lui a été donné, et qui a eu pour conséquence de causer un préjudice.

Mais pour que l'ordre hiérarchique soit une excuse, il faut que l'agent ait obéi à l'ordre de la loi ou de l'autorité légitime. S'il a obéi à son supérieur, on considère que le fonctionnaire n'est pas en faute (2).

On s'est demandé si le subordonné n'aurait pas dû refuser d'exécuter les ordres paraissant de nature délictuelle (3).

L'art. 127 du projet de code pénal est ainsi rédigé : « Est exempt de peine le fonctionnaire public, l'agent ou le préposé du gouvernement, qui aura ordonné ou fait quelque acte que la loi déclare punissable s'il justifie qu'il a agi par ordre de ses supérieurs pour des objets du ressort de ceux-ci, sur lesquels il leur était dû obéissance hiérarchique.

(1) MAZEAUD: op. cit., t. I, n° 469.

(2) MAZEAUD: op. cit., n° 497. Req. 1^{er} mars 1875 (sol. impl.). S. 1876.1.309; D. 76.1.178.

(3) Cf. PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, n° 561.

« La peine, dans ce cas, sera appliquée seulement aux supérieurs qui auraient donné l'ordre. »

En ce qui concerne la responsabilité civile, pendant tout le xix^e siècle, l'Administration a fait application du principe de l'irresponsabilité en cas d'ordre hiérarchique. Le Conseil d'Etat a, dans plusieurs décisions, jugé que le fonctionnaire n'était pas responsable s'il s'était contenté d'exécuter l'ordre de ses supérieurs (1).

Le Tribunal des Conflits adopte la même jurisprudence dans l'affaire Gressler, Confl. 8 décembre 1894: action intentée contre un soldat et un sergent pour violences sur la personne d'un vigneron qu'ils avaient reçu l'ordre d'expulser de la zone d'un champ de tir: on a considéré qu'il y avait faute de service; Affaire Cauvet, Confl. 1^{er} juin 1899: a été jugé irresponsable, dans cette affaire, le directeur d'une maison centrale ayant exécuté dans des conditions dommageables l'ordre de révocation d'un commis.

L'acte dommageable revêt, en cas d'ordre hiérarchique, le caractère de fait de service (2). Même lorsque l'agent a désobéi à l'ordre reçu, le Tribunal des Conflits soutient l'incompétence des tribunaux judiciaires et par conséquent l'irresponsabilité du fonctionnaire. Il suffit qu'un ordre ait été donné (3). Il appartient au Tribunal des Conflits d'apprécier si l'ordre du supérieur hiérarchique a pu retirer à la faute du fonctionnaire son caractère de faute personnelle (4).

Toutefois, pour qu'il en soit ainsi, il faut que l'ordre n'ait pas été dépassé. Si l'agent a outrepassé les instruc-

(1) Lemonnier-Carriol, 26 novembre 1875, D. 76.3.4; — C.E. 13 mars 1908, Commune de Boutevilliers, Leb. p. 258.

(2) Cf. Conclusions TARDIEU, sous l'arrêt Girodet c/ Morizot.

(3) Confl., 16 novembre 1901, Greco, S. 1904.3.101; Leb. p. 311.

(4) Cf. Joseph BARTHÉLÉMY, R.D.P. 1914, p. 548.

tions qu'il a reçues, il reste personnellement responsable, bien qu'il ait reçu des ordres. Il a été ainsi jugé dans une affaire Réquilé (1). (Il s'agissait d'un agent de poudrerie qui, ayant reçu l'ordre de jeter dans la cour du poison contre les chiens, avait attiré un chien et lui avait jeté directement le poison.) De même, dans un arrêt Mohammed ben Belkassem (2), la responsabilité d'un caïd qui avait profité de l'ordre de recouvrer des impôts pour se livrer à des exactions a été considérée comme engagée.

Lorsque l'ordre du supérieur constitue une faute personnelle, le tribunal a un large pouvoir d'appréciation. Dans une espèce où un maire avait fait sonner illégalement les cloches d'une église par un cantonnier, ce dernier a été reconnu irresponsable, comme ayant commis une simple faute de service (3).

Il est évident que l'Administration aura toujours tendance à couvrir ses agents. Elle veut en effet qu'une stricte discipline règne à l'intérieur de ses cadres, et que les subordonnés respectent les instructions qu'ils reçoivent et les exécutent sans les discuter. Ce point de vue s'exprime nettement dans les conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement BÉDARRIDES sous un arrêt de Conflits du 29 juillet 1876, affaire Lecoq : « S'il n'en était pas ainsi », dit-il, « ils discuteraient les ordres qui leur sont donnés, examineraient le degré de responsabilité qui peut leur incomber, se feraient en un mot les juges de leurs supérieurs, auxquels ils pourraient désobéir avec quelque apparence de raison. L'Administration ne serait pas possible dans de telles conditions. »

(1) Confl. 13 décembre 1879.

(2) Confl. 11 juillet 1891.

(3) Confl. 29 avril 1910, Guichard.

Certains auteurs considèrent cependant que l'ordre hiérarchique ne supprime jamais la responsabilité des agents subordonnés (1). D'autre part, le droit anglais comme le droit américain nient toute influence de l'ordre hiérarchique sur la responsabilité des fonctionnaires.

De son côté, M. J. BARTHÉLÉMY remarque (2) que de plus en plus les fonctionnaires prennent conscience de leurs droits, que leur indépendance personnelle s'accroît et que la jurisprudence extrêmement libérale du Conseil d'Etat leur constitue un véritable statut. Et il conclut : « L'ensemble des fonctionnaires tend à avoir une faculté plus large de résister aux ordres des supérieurs et, par conséquent, ces ordres tendent de moins en moins à enlever au fait dommageable le caractère d'acte personnel. L'augmentation de la dignité professionnelle des agents doit avoir pour corollaire inévitable un accroissement de leur responsabilité. »

Par ailleurs, les auteurs partisans de l'irresponsabilité civile des agents administratifs accordent en général une très grande importance à la responsabilité disciplinaire que ces derniers peuvent encourir à raison de leurs fautes. Celle-ci, à leurs yeux, constituerait une sanction efficace et suffisante des manquements de l'agent (3).

Cette thèse ne nous paraît pas exacte, sinon au point de vue théorique, du moins au point de vue pratique. Ce système pourrait présenter des avantages, en principe, car le chef de service est mieux à même que quiconque d'apprécier équitablement la conduite du fonctionnaire qu'il a sous ses ordres. Mais l'Administration

(1) En ce sens, MM. JÈZE et DUGUIT. *Contra*, M. HAURIOU.

(2) *Loc. cit.*

(3) En ce sens, conclusions JAGGESCHMIDT sous l'arrêt Bastier, D.P. 1893.3.46.

n'est pas infaillible. Des abus peuvent s'y glisser, des influences étrangères s'y faire sentir. Elle n'est pas à l'abri des interventions de la politique, des recommandations, du népotisme. Par sa nature même, la répression disciplinaire est dépourvue d'objectivité et par conséquent ne peut offrir les garanties désirables (1). Le soin d'assurer cette répression dépend, en effet, presque exclusivement des supérieurs hiérarchiques de l'agent. « L'appréciation, note M. JÈZE (2), en est discrétionnaire. » A son tour, M. BONNARD remarque que la surveillance des fonctionnaires est laissée « à l'entière discrétion des supérieurs hiérarchiques » (3). Les arrêts montrent bien, d'ailleurs, le caractère entièrement discrétionnaire de l'appréciation qui est faite de la faute de service (4).

Ce caractère discrétionnaire de la répression constitue

(1) Une certaine analogie existe entre le droit pénal et le droit disciplinaire. Tous deux sont en effet pour employer l'expression de M. DURKHEIM (cf. 1^{re} partie, Introduction) des droits *répressifs*. Mais les buts poursuivis sont différents. Tandis que le droit pénal vise à réprimer la faute d'un individu au nom de l'idée de justice, le droit disc. a en vue une amélioration du service (cf. JÈZE).

De plus, ces droits ne ressortissent pas aux mêmes groupements, les peines applicables sont de nature différentes. Enfin, et c'est là une caractéristique essentielle, alors que la loi pénale précise les limites des pouvoirs des juges, l'appréciation de la faute en droit disciplinaire est laissée à la discrétion du supérieur hiérarchique.

Une certaine évolution se dessine en faveur de la juridictionnalisation de la procédure disciplinaire; elle se propose de limiter le pouvoir personnel des chefs hiérarchiques en appliquant le principe de la séparation des pouvoirs au sein des services publics. Mais cette juridictionnalisation est loin d'être achevée.

(2) Principes de droit adm., 1926, 3^e édit., p. 9.

(3) Précis de droit administratif, 1940, p. 478.

(4) Cf. C.E. 7 avril 1916, Azière, Rec. p. 153; 5 juillet 1918, Gérard, Rec. p. 665.

un danger, car la sanction risque de rester lettre morte. Il est logique que l'Administration ait tendance, en effet, à exonérer de toute responsabilité l'agent qui n'aura fait que se conformer aux instructions données par son supérieur hiérarchique.

Il reste donc que l'organisation d'une hiérarchie dans l'Administration tend à modifier la notion même de responsabilité, mais elle ne la supprime pas. Elle rend nécessaire la distinction entre la faute personnelle et la faute de service, mais elle n'adulcore pas la première.

En résumé, l'organisation même de l'Administration exige un certain agencement des règles de responsabilité. Le statut du fonctionnaire influe sur les règles de sa responsabilité : indépendance, traitement, situation sociale, garanties de carrière sont autant d'éléments qui permettront de modeler le régime de la responsabilité des fonctionnaires. Il convient de consacrer quelques développements à l'étude du statut du fonctionnaire.

Par ailleurs, la reconnaissance par la jurisprudence française de la responsabilité pour faute personnelle est plus platonique qu'effective.

Certes, le principe en est admis, mais il importe de préciser comment il joue. Le cumul de la faute personnelle et de la faute de service est admis par le droit positif. Du point de vue théorique, c'est une solution fort acceptable. En outre, elle permet d'assurer une réparation intégrale du dommage subi qui apparaît, en effet, souhaitable si on envisage les garanties que les particuliers sont en droit d'attendre vis-à-vis de l'Administration.

Il n'en reste pas moins que le souci de réparer le dommage estompe la notion même de responsabilité qui devrait être à la base de la faute personnelle.

En résumé, le cumul de la faute de service et de la faute personnelle, légitime en son principe puisqu'il vise

à assurer une réparation complète du préjudice, dépasse son but lorsqu'il aboutit à une minimisation continue de la notion de faute personnelle. Il y a là une donnée importante des problèmes qui s'offrent à notre étude.

Section II

§ 2. — Le Statut des fonctionnaires

En Droit français, aucun texte ne donne une définition du fonctionnaire. Cependant, il est essentiel de déterminer à quels agents publics pourra être décerné ce titre, puisque la qualité de fonctionnaire va entraîner pour eux des conséquences juridiques très importantes.

La jurisprudence et la doctrine s'accordent pour distinguer les conditions qui doivent être remplies pour que l'on soit fonctionnaire public. Sont fonctionnaires ceux qui occupent un emploi permanent ou quasi-permanent dans les cadres de l'organisation des services publics. Et M. ROLLAND ajoute : « Peu importe, bien entendu, la dénomination donnée à la personne. Ce qui compte, c'est l'appartenance aux cadres permanents. Peu importe également qu'il s'agisse d'un service général, d'un service départemental, communal, algérien, colonial, ou d'un établissement public. Ce qui importe, c'est que le service soit un service public en régie. Mais il est nécessaire qu'il s'agisse d'un service français » (1).

M. JÈZE souligne en outre (2) que le genre des prestations d'activité, pas plus que le mode de recrutement, n'entrent en ligne de compte, et que, par ailleurs, le service peut être rémunéré ou gratuit, volontaire ou forcé (3).

(1) ROLLAND: *op. cit.*, p. 64, n° 92.

(2) Droit Administratif, 1930, pp. 234 et s.

(3) M. BONNARD (*Précis de Droit administratif*, 1940, p. 441) considère au contraire que l'acceptation volontaire de la fonction par le fonctionnaire constitue une condition nécessaire.

Ces indications nous permettent d'opérer une discrimination entre les fonctionnaires proprement dits et d'autres agents administratifs, tels que les réquisitionnés ou les auxiliaires, dont la prestation d'activité n'est que temporaire, ou qui parfois, comme ce peut être le cas pour les auxiliaires, occupent un emploi durable, mais ne rentrant pas dans le cadre des services. Les fournisseurs, les concessionnaires des services publics, les entrepreneurs de travaux publics, ne sont pas non plus des fonctionnaires, mais des collaborateurs de l'Administration (1).

Le fonctionnaire se trouve soumis à un régime juridique spécial. On s'est donc demandé quelle était la nature du lien qui le rattache à l'Administration. Ici encore, il n'existe aucun texte sur lequel on puisse se baser. La doctrine a donc proposé un certain nombre de théories, que nous allons rapidement passer en revue.

Quelques auteurs considèrent que la situation du fonctionnaire repose sur un contrat, soit de droit privé, soit de droit public.

Les partisans de la théorie du contrat de droit privé soulignent que, le plus souvent, le lien unissant le fonctionnaire à l'Administration est volontaire, et qu'il suppose un échange de consentements entre les parties : l'agent pose sa candidature ou accepte sa nomination, l'Etat le nomme. Cette thèse ne semble pas devoir résister à l'examen. On ne peut en effet assimiler les rapports de droit existant entre l'Administration et son agent à ceux qui existent entre un employeur et son employé dans une entreprise privée. En effet, dans ce dernier cas, les parties traitent d'égale à égale, il y a bien entre eux une convention dont les termes sont librement

(1) Nous renvoyons, pour l'étude de ces divers cas, au Cours de Droit administratif de M. SIBERT, qui les examine en détail.

débattus. Les liens résultant de cet accord de volontés seront réglementés par le droit civil, en cas de différend, il est soumis au droit commun. Mais, « en droit public, les deux parties ne sont plus des citoyens, mais d'une part un Etat souverain, et de l'autre un citoyen subordonné à ce pouvoir. L'équilibre est rompu » (1). Les conditions du travail sont fixées par l'Administration seule, qui peut les modifier à son gré. Le droit applicable est le droit administratif.

Ces considérations n'ont pas échappé à d'autres théoriciens, qui demeurent cependant attachés à l'idée de contrat. Ils estiment dès lors qu'il s'agit ici d'un contrat spécial, non plus de droit privé, mais de droit public. Différentes conceptions se présentent. Ainsi, pour M. DEMARTIAL (2), « le contrat réside dans cet appel à la concurrence (fait par l'Administration)... dans la publicité donnée aux règlements organiques de chaque carrière et sur la foi desquels on y entre ».

M. LABAND (3) établit un rapprochement entre la situation des fonctionnaires publics vis-à-vis de l'Etat et celle du vassal envers son suzerain.

M. DUGUIT (4) s'oppose à ces conceptions. Il remarque, en effet, que le contrat est une catégorie juridique spécifique, qu'il n'y a pas lieu de rechercher s'il ressortit au droit privé ou au droit public, et qu'il n'existe que lorsqu'un accord de volontés fait naître une situation subjective de créancier et de débiteur, ce qui n'est pas le cas.

(1) ALBERT HENRY: *Administration et Fonctionnaires*, Bruxelles, 1930.

(2) *La condition juridique du fonctionnaire*, Paris 1907.

(3) *Droit Public de l'Empire Allemand*, trad. de C. GANDILHON, Paris 1907, t. II, p. 132.

(4) *Traité de Droit Constitutionnel*, 3^e éd., Paris 1930, t. I, p. 262 et s.; t. III, p. 118 et s.

M. ROLLAND considère, à juste titre selon nous, que les théories contractuelles ne sont pas admissibles. Il fait ressortir, d'autre part, l'impossibilité d'un débat lors de la désignation d'un fonctionnaire. Il n'y a pas d'échange contractuel de consentements, l'acte de candidature et l'arrêté de nomination n'étant pas la cause l'un de l'autre. Le fonctionnaire ne fait que donner son adhésion à des conditions déterminées en dehors de lui, qu'accepter la loi du service. Il faut en outre considérer l'intérêt général qu'a en vue le service, et qui ne saurait être subordonné à un intérêt particulier. Et M. ROLLAND conclut : « On n'explique rien en parlant d'un contrat de droit public. Ou il y a un contrat, et les objections qui précèdent prennent toute leur force. Ou bien on est en présence d'une institution de droit public dépassant le contrat. Mais alors il n'y a plus de contrat » (1).

Une autre théorie, dite éclectique, se basant sur la classification, aujourd'hui abandonnée, entre les actes d'autorité et les actes de gestion, distingue entre les fonctionnaires de gestion et les fonctionnaires d'autorité.

A l'heure actuelle, la grande majorité des auteurs est d'accord pour estimer que la situation juridique du fonctionnaire est une situation légale ou réglementaire.

Pour M. DUGUIT (2), il importe de considérer la situation qui résulte de la manifestation de volonté que comporte la nomination ou l'élection du fonctionnaire. Cette manifestation de volonté peut être unilatérale ou pluri-latérale, cela dépend du droit positif d'un pays donné. Mais, même lorsqu'il y a accord de deux volontés, il

(1) Loc. cit., n° 95.

(2) Précis élémentaire de Droit administratif, 2^e éd., Paris 1930, p. 13 et s.; 270 et s.

ne s'agit pas d'un contrat, car la situation du fonctionnaire est légale et objective. La nomination est un acte objectif qui conditionne la naissance, pour l'individu nommé, d'une telle situation.

Celle-ci est constituée par quatre éléments absolument objectifs : la *compétence*, qui donne au fonctionnaire le pouvoir d'accomplir certains actes nécessaires au service public ; les *avantages* qui lui sont accordés ; le *statut*, situation de droit objectif ; les *obligations* imposées à l'agent par la loi du service.

Pour M. HAURIOU (1), les Administrations jouissent de prérogatives spéciales. L'une consiste en la jouissance du droit de puissance publique, qui leur confère un droit de réquisition sur les personnes et sur les choses et un droit de réglementation avec contrainte ; l'autre, en la possibilité de recourir à une procédure spéciale pour l'exercice de ces droits. D'après notre auteur, la nomination d'un fonctionnaire constitue une décision réglementaire de la puissance publique, fondée sur une réquisition consentie, qui doit être acceptée. Les fonctionnaires sont soumis à un statut légal et réglementaire, constitué par l'appartenance aux cadres administratifs, et par la possession d'un emploi public.

M. JÈZE considère qu'on peut envisager, pour le fonctionnaire, la possibilité de trois régimes juridiques différents.

Ce sont la réquisition, le louage de services, le statut légal et réglementaire.

Quant au premier procédé, M JÈZE considère qu'il offre des inconvénients insurmontables, tant au point de vue économique que social et politique. En ce qui concerne le louage de services, il ne peut s'appliquer

(1) Précis élémentaire de Droit administratif, 2^e éd., Paris 1930, p. 13 et s.; 270 et s.

en la matière, puisque le candidat peut débattre, ou tout au moins accepter les conditions qui lui sont proposées, et que l'accord des volontés ne peut être modifié unilatéralement. C'est donc dans une situation légale et réglementaire que se trouve placé le fonctionnaire. Les conditions en sont établies de façon uniformes et impersonnelles, et peuvent être modifiées par l'Administration sans qu'elle ait à consulter ses agents. Toutefois, « une bonne organisation des services publics est celle qui assure la satisfaction des besoins d'intérêt général tout en ne sacrifiant pas les agents employés au service public » (1).

Les actes juridiques à la suite desquels un particulier entre dans un service public en qualité de fonctionnaire, ou au contraire sort de ce service, sont des actes-condition, car ils ne créent pas une situation individuelle au fonctionnaire : ils le placent dans une situation légale et réglementaire.

Nous n'étudierons pas ici les divers procédés par lesquels sont investis les fonctionnaires, non plus que les modalités de sortie du service. Ceci nous entraînerait trop loin du sujet de notre étude. Ce que nous avons tenu à souligner, c'est la nature du lien qui unit l'agent à l'Administration. En vertu de la théorie statutaire, généralement admise en doctrine à l'heure actuelle, et dont les arrêts du Conseil d'Etat s'inspirent nettement (2), le fonctionnaire se trouve placé dans une situation qu'il ne peut changer, et il doit se conformer strictement à la loi du service, non seulement en respectant la lettre des textes, mais aussi leur esprit. Il doit son temps au service, le cumul d'emplois lui est généralement interdit. Il doit accomplir sa tâche

(1) Op. cit., p. 407.

(2) Cf. ROLLAND, op. cit., n° 98.

avec conscience, avec probité et loyauté. Il est le plus souvent astreint à des obligations morales, telles que le secret professionnel. Enfin, sa vie privée doit, elle aussi, être empreinte d'une dignité qui s'appréciera, évidemment, de façon d'autant plus sévère que sa situation sera plus en vue.

En contre-partie des obligations qui lui sont ainsi imposées, et qui peuvent aller jusqu'à restreindre dans une certaine mesure ses droits individuels, le fonctionnaire jouit d'avantages considérables par rapports aux employés privés. Outre le traitement proprement dit et les divers avantages matériels qui peuvent s'y ajouter (gratifications, logement, indemnités de toute sorte), il peut obtenir une pension de retraite. Il jouit d'une protection pénale dans certains cas (1). Surtout, son emploi présente une stabilité particulièrement précieuse en temps de crise économique.

Cet ensemble de conditions met le fonctionnaire dans une situation très particulière ; ses charges, ses obliga-

(1) M. SIBERT explique cet état de choses dans des termes très claires : « Si certains fonctionnaires bénéficient d'une protection spéciale, c'est dans le seul but de leur permettre d'assurer leurs fonctions avec une plus grande liberté d'esprit dans des conditions délicates et de les soustraire à certains risques, de ressentiment ou de vengeance. A cette fin toute une série de fonctionnaires sont protégés par des dispositions répressives du droit pénal. (Cf. Code de justice militaire, art. 223). Le Code pénal lui-même, art. 209, vise la *rébellion* et protège diverses catégories de fonctionnaires contre la résistance des administrés suivie de voies de fait. Sont couverts par cette disposition d'une part, les officiers ministériels, les gardes-champêtres, les agents de la force publique, les préposés à la perception des impôts, les porteurs de contraintes, les préposés des douanes, les magistrats sur le siège.

« D'autres textes protègent les fonctionnaires non pas simplement contre la menace, la voie de fait, mais contre les outrages. » (D'après les Rép. écrites, Cours de Droit administratif, p. 372).

tions sont différentes de celles qui incombent aux simples citoyens, par le fait même qu'il a reçu de la loi le pouvoir de faire des actes qui concourent à la marche des services publics, et doivent donc être subordonnés à l'intérêt général. Il détient une parcelle plus ou moins grande de l'autorité publique. Sa responsabilité doit donc s'apprécier sous un angle spécial.

La moralité du fonctionnaire français, en particulier, est en général digne d'éloges. Son honnêteté, la modestie de sa vie, son bon sens simple et solide sont des caractéristiques bien connues. Pourtant, il a souvent suscité la raillerie, et l'on retrouve sous la plume de maints auteurs des portraits piquants (Balzac, « Les Employés » ; Courteline, « Messieurs les Ronds-de-Cuir »).

C'est que, a-t-on dit, « le fonctionnaire a les défauts de ses qualités : il est timide, manque d'initiative et n'a pas le goût de l'innovation. Homme de pratique, il se défie des nouveautés qu'il n'a pas éprouvées ; aux degrés inférieurs, cela devient paresse d'esprit et routine ; aux degrés supérieurs, crainte des responsabilités. Les deux maximes les plus fréquemment appliquées sont : « Pas d'affaires ! » et « Pas de zèle ! ». Entendez par là ne pas faire ce que l'on ne vous a pas demandé. Sauf dans les postes les plus élevés, le fonctionnaire manque d'idées générales ou en a perdu le goût. Aussi ne se rend-il pas toujours compte de la valeur exacte de son rôle, qu'il s'exagère. L'univers se réduit à l'espace étroit de son bureau » (1).

Ceci tient sans doute à des causes complexes : vie sédentaire, dépourvue de risques, stabilité de l'emploi, qui donne une tranquillité d'esprit dont l'employé privé ne peut jouir au même degré.

(1) Ch RABANY : *Les types sociaux: le fonctionnaire*, in *Revue Internationale de Sociologie*, 1906, p. 897.

Il faut aussi faire entrer en ligne de compte qu'en France, comme dans beaucoup de pays, le fonctionnaire moyen est mal rémunéré. Il élève péniblement sa famille. Aucun prestige ne s'attache à l'emploi qu'il occupe. Et cependant, cet humble détient une parcelle de l'autorité. Il peut — c'est humain — être tenté d'en abuser. On connaît l'acrimonie avec laquelle, trop souvent, les agents des services publics, retranchés derrière leurs guichets, traitent ceux qui s'adressent à eux. Le public, de son côté, n'est que trop porté à déverser sur eux son mécontentement, à les rendre responsables de tous les maux, à leur témoigner parfois un certain mépris. Un tel état de choses est déplorable et nous croyons qu'il est indispensable d'envisager le relèvement du niveau, comme du prestige, des agents du Gouvernement.

Pour cela, une sélection s'impose. Le concours, mode de recrutement d'un très grand nombre de fonctionnaires, présente évidemment de grands avantages, car il assure l'égalité de tous, la sanction des capacités intellectuelles. L'inconvénient, c'est qu'il n'est que cela. Les qualités morales du candidat n'entrent pas en compte; il faudrait pourtant les prendre en considération. Il est inadmissible que le public ait à souffrir de l'abus qu'un agent peut faire de l'autorité que lui confère ses fonctions; inadmissible que l'Administration ait à subir des préjudices du fait du népotisme et du parasitisme qui existent trop souvent dans les services publics; inadmissible, enfin, que le fonctionnaire puisse se retrancher derrière une sorte de privilège lui assurant parfois l'impunité, alors qu'un employé privé, dans les mêmes circonstances, aurait dû répondre de ses actes.

Nous pouvons rappeler ici que dans certains droits étrangers, tels que le droit anglais, le prestige qui s'attache aux fonctions publiques, au « Civil Service », s'ac-

compagne, en contre-partie, d'une appréciation beaucoup plus sévère qu'en France de la responsabilité des agents. Le recrutement de ces derniers s'opère d'ailleurs suivant des modalités qui offrent des garanties supérieures (1).

Nous pensons donc que l'Etat aurait tout intérêt à créer une nouvelle classe de fonctionnaires, à qui de meilleures conditions d'existence seraient offertes, leur permettant de faire honneur au rang qu'ils occupent, et à qui l'exercice de l'autorité serait rendu plus facile en raison du prestige accru dont ils jouiraient sur les administrés. En revanche, nous estimons que leur responsabilité devrait être appréciée avec plus de rigueur, et sans que l'Administration puisse trop facilement les couvrir. On nous objectera peut-être que la responsabilité disciplinaire, dans un pays comme la France, où la hiérarchie administrative est fortement organisée, constitue un frein suffisant au laisser-aller, au mépris des obligations professionnelles. Bien que nécessaire, cette responsabilité disciplinaire ne nous semble pas comporter une sanction assez efficace, ainsi que nous l'avons montré au cours de la section précédente.

Nous avons déjà, à plusieurs reprises, souligné que l'impunité assurée aux fonctionnaires, constitue à la fois une atteinte aux principes d'équité qui doivent gouverner tout le droit et un sérieux danger pour les administrés. Seule une responsabilité égale pour tous les agents administratifs peut être l'aiguillon nécessaire pour stimuler leur zèle, pour mettre un frein aux prévarications. Seule elle peut constituer une sanction suffisamment objective, susceptible d'être appliquée toutes les fois que les circonstances de l'espèce l'exigent, sans que des interventions politiques puissent s'exercer pour entraver la justice.

(1) Cf. SIBERT, R.D.P. 1911, p. 209 et s.

CHAPITRE II

LA RESPONSABILITÉ CIVILE PRÉVUE PAR LES TEXTES

Parallèlement à l'action de la jurisprudence, le législateur a été amené à élaborer divers textes tenant compte de la situation particulière de certaines catégories de fonctionnaires. Il y a donc eu tout un mouvement législatif tendant à organiser sur des bases toutes spéciales la responsabilité des agents assumant des fonctions particulièrement délicates.

Ce mouvement législatif est loin d'être homogène, en ce sens qu'il serait difficile d'affirmer qu'il vise à un accroissement général de la responsabilité ou inversement. On se trouve devant une juxtaposition de textes sans qu'il y ait entre eux une harmonie préétablie quelconque. Il y a là une série de situations spéciales que le législateur n'a pas voulu laisser sans un statut de responsabilité déterminée.

C'est d'abord la responsabilité traditionnelle des comptables. Une législation toute récente, puisqu'elle date de 1925, a atténué cette responsabilité dans la mesure où elle sanctionnait la collecte de l'impôt et à raison des sommes énormes que le comptable pouvait avoir à verser à titre de réparation. C'est ensuite la responsabilité des instituteurs. La loi du 7 avril 1937 prévoit, en certaines hypothèses, la substitution de la responsabilité de l'Etat à celle de l'instituteur ; mais la même loi reconnaît à l'Etat le droit d'intenter une action récursoire contre son instituteur

En ce qui concerne les magistrats, la loi du 7 février 1933 rend plus effective leur responsabilité personnelle,

en donnant à la puissance publique une action récursoire.

Si l'on s'en tient à ces quelques exemples que l'on peut considérer comme les plus importants, on peut voir que l'on se trouve devant une série de problèmes particuliers à l'examen desquels il convient de procéder.

Section I

§ 1. — De la responsabilité civile des comptables

La première matière que nous allons étudier, où il existe des textes précis édictant une responsabilité des agents publics, est celle de la responsabilité des comptables. Elle présente une très grande importance au point de vue pratique.

Les règles la concernant sont contenues dans le décret du 31 mai 1862, qui constitue une véritable œuvre de codification dans le domaine de la comptabilité publique.

Les quelques indications qui vont suivre montreront la portée de la responsabilité pécuniaire susceptible d'être encourue par les comptables publics.

Nous consacrerons ensuite un bref exposé à la Cour des Comptes, institution inséparable, d'ailleurs, des comptables publics.

Si l'on prend ce terme dans une acception très large, l'expression comptable public comprend tous les agents financiers « et d'autres chargés par les lois et par les règlements de la recette, de la manutention, de la disposition de sommes d'argent ou de matières et effets appartenant à l'Etat, et dont ils doivent rendre compte »(1). On voit ainsi très clairement que la tâche qui incombe aux comptables publics, dans l'organisation financière, présente un caractère tout particulier et se distingue nettement de celle des autres agents publics. Non seulement la tâche qui leur incombe est très lourde,

(1) DALLOZ: Préparatoire Pratique de Législation — Trésor public, p. 477.

mais encore elle exige beaucoup de prudence et d'attention. De plus, la responsabilité qui en découle est organisée d'une façon très sérieuse. Le statut personnel des comptables est tout à fait différent de celui des autres agents publics. Le décret du 31 mai 1862, dans son article 20, stipule que les comptables publics ne peuvent être admis en fonction s'ils n'ont pas prêté le serment professionnel de gérer les biens publics « avec probité et fidélité » et s'ils n'ont pas déposé leur cautionnement au Trésor public. En outre, le même décret indique que les fonctions des comptables et celles des ordonnateurs sont incompatibles. Le décret (art. 17 et s.) ajoute que l'emploi de comptable est incompatible avec l'exercice de tout commerce, industrie ou profession quelle qu'elle soit, et que les comptables n'ont pas le droit de prendre un intérêt dans les adjudications, marchés, fournitures et travaux concernant les services de recettes ou dépenses qu'ils effectuent.

L'attribution essentielle des comptables est le paiement des sommes dont l'Etat est débiteur (1). En contrepartie de ses attributions, le comptable possède, entre autres, une prérogative très importante, à savoir : le droit de refuser tout paiement irrégulier. En ce qui concerne sa compétence, elle n'a jamais été discutée ; elle est nettement affirmée dans l'ordonnance de 1822, dans les termes suivants : « Aucune manutention de deniers ne peut être exercée que par un agent placé sous les ordres du Ministre des Finances, responsable envers lui de sa gestion et justiciable de la Cour des Comptes ».

On voit ainsi que le Ministre des Finances est le « chef principal » de tous les comptables, ce qui signifie que

(1) Ceci est effectué en principe au nom du Ministre des Finances, mais en fait par les comptables.

les services de dépenses aussi bien que ceux de recettes dépendent complètement de lui. Mais pourtant le rôle du comptable, dans l'organisation financière, est très important. M. TROTABAS remarque que les comptables « doivent être considérés non seulement comme caissiers, mais comme des agents ayant une compétence propre de payeurs » (1).

Par conséquent, ce rôle ne se borne pas à manier des deniers publics, mais ils doivent encore exercer un contrôle des opérations et ne les exécuter que si elles sont régulières.

C'est pourquoi l'on peut distinguer chez le comptable deux fonctions : celle de payeur et celle de caissier.

En qualité de payeur, le comptable reçoit les ordonnances et les mandats de paiement pour les exécuter. Il doit vérifier la régularité des pièces justificatives qui les accompagnent, s'assurer qu'il a dans sa caisse des disponibilités de crédit suffisantes, et constater que toutes les règles financières ont été observées.

En qualité de caissier, le comptable assure le paiement de la dépense et la remise matérielle des deniers. Il doit vérifier la capacité de la partie prenante et procurer au Trésor une quittance libératoire. La fonction de caissier est de la sorte pour ainsi dire une fonction « de vigilance juridique » (2).

L'incompatibilité que nous avons déjà rappelée entre les fonctions de comptable et celles d'ordonnateur a pour but de ne pas confondre les pouvoirs de décision et d'exécution entre les mains d'un même agent. C'est là une garantie aussi bien pour les administrés que

(1) TROTABAS : *Précis de science et de législation financière*, p. 80.

(2) ALLIX : *Traité élémentaire de Sciences des Finances et de Législation financière française*, 5^e édit., p. 275.

pour les deniers publics. C'est pourquoi on distingue essentiellement la compétence de l'ordonnateur de la compétence du comptable (1).

Les ordonnateurs sont les agents qui décident, dans le domaine des deniers publics, et les comptables ceux qui exécutent leurs décisions. Les premiers adressent aux seconds les ordres de payer. « L'ordonnateur type », c'est le ministre, mais à côté de lui existent encore des ordonnateurs appelés « ordonnateurs secondaires », qui

(1) M. le Professeur BERTHÉLÉMY (*Traité élémentaire de Droit administratif*, 13^e édition, p. 1033) aperçoit trois différences essentielles entre les ordonnateurs et les comptables :

1^o La première est relative à la façon dont les uns et les autres rendent compte de leurs actes.

Les comptables rendent leurs comptes *par gestion*. Les ordonnateurs rendent les leurs *par exercice*. Le compte par gestion est la liste chronologique des recettes et dépenses effectuées pendant une période donnée. C'est l'année qui est prise pour période. Le compte par exercice est le compte des recettes et dépenses qui se réfèrent, par leur origine, à une période déterminée, à quelque moment que soient effectués les recouvrements et les paiements.

2^o La deuxième différence se rapporte aux autorités chargées de contrôler leurs actes. Ce sont les chefs administratifs et les assemblées qui ont ouvert les crédits qui vérifient les comptes d'administration. Les ordonnateurs n'ont pas à rendre compte des deniers qu'ils manient, et les erreurs qu'ils sont susceptibles de commettre ne les rendent pas nécessairement créanciers ou débiteurs d'une caisse, au contraire des comptables. Pour que ces derniers soient déclarés *quittes*, il faut qu'une juridiction aux décisions de laquelle s'attache la présomption de vérité inhérente à la chose jugée vérifie leurs comptes. Pour les comptables de l'Etat, ainsi que pour la majorité des comptables des établissements publics, cette juridiction spéciale est la Cour des Comptes.

3^o La troisième différence consiste dans les précautions prises contre l'infidélité possible de ceux qui manient des deniers publics. Ce sont principalement le cautionnement que doivent verser les comptables, et l'hypothèque légale qui grève leurs biens. Les ordonnateurs, en général, ne sont pas soumis à ces obligations.

sont, en principe, les chefs des divers services. Ceux-ci sont délégués par le ministre qui leur donne le droit de disposer de certains crédits. Leurs ordres de payer se nomment les *mandats de paiement*, tandis que ceux du ministre sont des *ordonnances de paiement*.

C'est au moyen de ces ordres qu'ils peuvent engager pécuniairement le Trésor public, et ils ont seuls compétence pour le faire. La responsabilité qui peut être encourue du fait de ces diverses opérations pèse non pas sur les ordonnateurs, mais sur les comptables, dont les comptes sont jugés par la Cour des Comptes.

La Cour des Comptes est une juridiction administrative subordonnée au Conseil d'Etat pour la Cassation.

Le principe qui domine la compétence de la Cour a été énoncé par l'article 11 de la loi du 16 septembre 1807 et reproduit par l'article 375 du décret du 31 mai 1862 : la Cour juge les comptes et ne juge pas les comptables. Ainsi que le précise M. ROMIEU dans de remarquables conclusions (1) : « Le juge du compte est compétent pour tout ce qui concerne les éléments matériels du compte, « *la ligne du compte* » ; le juge administratif de droit commun (Conseil d'Etat après décision du ministre des Finances) examine les éléments extérieurs à la ligne du compte, la conduite du comptable et sa responsabilité, les déficits de caisse, les circonstances de force majeure qui peuvent entraîner la décharge du payeur, même s'il y a irrégularité dans le compte. »

La Cour des Comptes rend donc des arrêts sur les comptes en eux-mêmes, sans examiner la question de la responsabilité des comptables. Elle peut toutefois avoir à juger ces derniers, soit dans le cas de gestion de fait, soit pour appliquer des amendes dans le cas de

(1) C.E. 12 juillet 1907.

retard dans la production des comptes ou des justifications (loi du 26 mars 1927, art. 67, 68).

La compétence de la Cour des Comptes est générale pour tous les comptes de tous les comptables de deniers publics, mais elle ne s'étend pas aux comptabilités matières, que la Cour ne fait que contrôler par voie de *déclarations*. Ce contrôle ne s'exerce que sur les objets d'approvisionnement ou de consommation ou sur ceux qui doivent être transformés pour les besoins de divers ministères, mais non pas sur les objets mobiliers qui ne doivent être ni transformés ni consommés. Ce contrôle restreint des comptabilités-matières a été confié à la Cour des Comptes par la loi du 6 juin 1843 et l'ordonnance du 25 août 1844.

En matière de comptabilité-deniers, il existe cependant quelques restrictions à la compétence de la Cour.

Tout d'abord, seuls les comptables principaux relèvent de cette juridiction ; ils sont responsables du fait des comptables subordonnés qui doivent leur rendre des comptes.

D'autre part, il y a lieu de distinguer les deniers du Trésor et les deniers ministériels. Ces derniers échappent à la compétence de la Cour. Ce sont des deniers avancés par les comptables à des fonctionnaires qui en ont la gestion. La Cour se borne à les contrôler en examinant les comptes des ordonnateurs.

Enfin, la Cour peut être incompétente en ce qui concerne la gestion des deniers publics affectés à certains établissements publics, tels que les Chambres de Commerce.

La Cour juge les comptes de la façon suivante. Les comptables doivent adresser, tous les ans, un compte de gestion au Ministre des Finances. Ce dernier peut demander à la Cour de contrôler le compte. Celle-ci rend alors un *arrêté provisoire*, à la suite duquel le comptable

doit fournir des justifications dans un délai de deux mois. La Cour peut alors rendre un *arrêté définitif*.

Ce jugement va produire des effets différents suivant les cas. Si le compte est régulier, la Cour donne *quitus* au comptable pour sa gestion. Lorsque le comptable s'est trompé en faveur du Trésor, la Cour le déclare en avance. Par contre, s'il ne peut rendre compte de tous les deniers dont il a disposés, la Cour rend contre lui un *arrêt de débet*, qui va devenir exécutoire, par l'intervention du Ministre des Finances, sur le cautionnement exigé des comptables, et qui va faire jouer les privilèges et hypothèques que le Trésor possède sur les biens de ces derniers.

Les comptables ont un droit de recours contre l'arrêt de la Cour. Ce peut être un recours en *révision*, porté devant la Cour, lorsque le comptable se trouve en mesure de produire de nouvelles pièces justificatives à l'appui du compte incriminé, ou un recours en *cassation*, pour violation des formes ou de la loi (loi du 16 septembre 1807, art. 17), porté devant le Conseil d'Etat, lequel peut casser l'arrêt et le renvoyer devant une autre Chambre de la Cour des Comptes.

En dehors de ses attributions juridictionnelles, la Cour des Comptes exerce un contrôle administratif sur les comptes des ordonnateurs. La loi de 1807, art. 18, précise que la Cour ne saurait exercer de juridiction sur ceux-ci. Elle doit simplement vérifier l'exactitude des comptes qui leur sont soumis, et indiquer, le cas échéant, les irrégularités qui les entachent, sans avoir à prendre de décisions à l'égard des ordonnateurs.

Etendue de la responsabilité des comptables

Dans le domaine de la responsabilité civile, il existe une responsabilité quelque peu particulière qui pèse

sur tous ceux qui manient l'argent ou les matières appartenant à l'Etat ou à d'autres organismes publics. Si ces personnes le font dans l'exercice de leurs fonctions, on parle de la responsabilité pécuniaire du *comptable de droit* ; sinon, il s'agit d'une responsabilité du comptable de fait. On considère comme comptables de fait tous ceux qui se sont ingérés, sans titre légal, dans le manie-
ment des deniers publics.

L'article 25 du décret réglementaire du 31 mai 1862 stipule que « la gestion des comptables de fait est soumise aux mêmes juridictions et entraîne les mêmes responsabilités que la gestion des comptables ordinaires ». Les comptables de fait doivent donc être soumis aux mêmes dispositions que les comptables de droit.

Le comptable est responsable envers l'Etat à un triple titre : tout d'abord, pour les recettes qu'il doit recouvrer ; ensuite, pour les deniers qu'il conserve dans sa caisse ; enfin, pour les paiements qu'il doit effectuer.

1° *Recouvrement des recettes.* — Le décret de 1862 stipule que le comptable doit assurer le recouvrement des recettes, en vertu d'un titre légalement établi. Ceci signifie qu'il doit poursuivre le recouvrement de *toutes* les recettes prévues au budget, mais seulement de celles-ci. Il est personnellement responsable de ce recouvrement, tant au point de vue pécuniaire que pénal. Notamment, les agents chargés de la perception des contributions directes sont tenus, à l'égard du Trésor, au remboursement des sommes inscrites aux rôles qui n'ont pas été versées par les contribuables, à moins que l'imposition ne soit annulée ou ne bénéficie d'un dégrèvement d'office.

Cette responsabilité, particulièrement rigoureuse dans son principe, a été aménagée et, en définitive, adoucie par une législation assez récente. Une loi du 13 juillet 1925 indiquait dans son article 33 qu'un règlement d'ad-

ministration publique interviendrait en matière de responsabilité des comptables.

Ce règlement intervenait à la date du 12 mai 1928. Il conservait le principe de la responsabilité pécuniaire du comptable mais en atténuait la portée en prévoyant d'assez larges dérogations.

Le comptable présente toujours à l'agrément du préfet une liste de cotes dites irrécouvrables et dont il demande la remise, c'est-à-dire à propos desquelles il demande à être déchargé de toute responsabilité. Si le préfet a rejeté cette demande, le règlement du 12 mai 1928 prévoit que le comptable peut présenter au préfet une nouvelle requête dans le délai de deux mois. Celle-ci est soumise à l'examen d'une commission départementale que préside le préfet, mais à laquelle sont appelés à siéger divers fonctionnaires financiers du département.

Cette commission fixe, pour avis, la somme qui devra être laissée à la charge du comptable à raison des fautes ou négligences qui auront pu être son fait. Le préfet prendra alors une nouvelle décision.

Celle-ci n'est pas nécessairement définitive. Le règlement d'administration publique prévoit, en effet, que le comptable peut à nouveau faire appel et soumettre la seconde décision préfectorale à l'examen d'une commission centrale sur l'avis de laquelle le Ministre des Finances statuera alors définitivement.

En fait, on a abouti à la création d'un régime de responsabilité nettement différent du précédent. Dans la conception ancienne, particulièrement rigide, les comptables sont garants de la dette du contribuable et la cautionnent.

Dans le système instauré par la loi du 13 juillet 1925 et surtout par le règlement d'application du 12 mai 1928, la somme qui est laissée à la charge du comptable, en premier lieu ne représente pas la totalité des sommes

dûes au Trésor, et, en second lieu, n'est pas calculée d'après l'étendue du dommage qui a été causé à celui-ci, mais d'après le degré de la faute qui incombe à l'agent.

En résumé, dans un premier stade, c'est l'étendue du préjudice causé qui domine la responsabilité du comptable ; dans un second, c'est la gravité de la faute et la somme exigée apparaît alors beaucoup plus comme une amende que comme une réparation.

Il y a là une évolution qui sauvegarde le principe de la responsabilité du comptable et doit être tenue pour légitime. En effet, l'énormité des impôts perçus depuis quelques années rendait impossible le maintien de la responsabilité des comptables dans les termes particulièrement rigoureux où elle avait été établie à son origine. La solution apportée par la législation de 1925 et de 1928 apparaît comme particulièrement heureuse.

En ce qui concerne les droits que le comptable doit percevoir, il y a lieu de distinguer, d'une part, les *droits au comptant*, tels que les droits de timbre, d'enregistrement, la plupart des contributions indirectes, pour lesquels les seuls titres de perception sont la loi budgétaire et la loi d'impôt; et, d'autre part, les *droits constatés*, comme l'impôt direct, pour lesquels il y a un titre exécutoire établi par un administrateur, non par le comptable. L'administrateur n'encourt, pour les titres qu'il délivre, qu'une simple responsabilité morale (1). Le comptable ne sera donc responsable, pour les droits au comptant, que des actes accomplis par lui en qualité de comptable, et non de ceux accomplis en qualité d'administrateur (2).

(1) D. 1862, art. 18.

(2) C.E. 4 décembre 1891, D.P. 1893.3.461; 16 novembre 1906, D.P. 1908.3.44.

A la fin de chaque loi de finances, deux actions distinctes sont prévues contre le comptable : une action pénale pour concussion (art. 174 C. pén.), et une action civile, pour perception illégale, qui joue lorsque l'impôt n'a pas été légalement établi et voté par les autorités compétentes, ni appliqué conformément aux formes exigées (1).

2° *Conservation des deniers.* — Le D. de 1862, art. 520, précise que le comptable demeure responsable envers le Trésor des sommes versées dans sa caisse, qu'il doit conserver. En cas de vol ou de perte de fonds, c'est le Ministre des Finances qui statue sur la responsabilité du comptable, non la Cour des Comptes (2). Le comptable ne pourra obtenir décharge de sa responsabilité que s'il prouve qu'il a observé les précautions à prendre contre le vol, indiquées dans un arrêté du 8 Floréal an 10, et dans l'art. 1271 de l'Instruction de 1859.

3° En ce qui concerne le *paiement des dépenses*, le comptable est soumis à différentes obligations. Tout d'abord, il ne doit pas dépasser les crédits qui lui ont été ouverts par les avis d'ordonnances de paiements et de délégations que lui a envoyés la Direction du Mouvement général des fonds; il doit, ensuite, s'assurer de la régularité des pièces qui lui ont été adressées, par exemple, que les ordonnances portent bien le visa du contrôleur des dépenses engagées (loi 10 août 1922, art. 61). Enfin, il doit vérifier le service fait. Le D. de 1862, art. 10, stipule en effet qu'aucun paiement ne peut être fait qu'au véritable créancier justifiant de ses droits et pour l'acquittement d'un service fait ». Le comptable ne devra donc payer que sur présentation d'une ordonnance ou d'un mandat régulier à ce point de vue. Il

(1) Ch. réunies, 28 mars 1895, D.P. 1895.1.313.

(2) Cf. C.E. 6 août 1887, D.P. 1888.3.131,

doit vérifier que les ordonnances ou mandats sont compris dans les autorisations de paiement et n'en dépassent pas le montant. Il devra donc réclamer toutes les pièces justificatives énumérées par les règlements et procéder à leur vérification, également, au point de vue des formes, de l'authenticité des signatures, etc. Il serait pécuniairement responsable de tout paiement irrégulier.

Dans certains cas spéciaux, tels que celui des régies de dépenses, c'est le régisseur des fonds qui se trouve responsable de la constatation du service fait, et non le comptable (1).

(1) *Responsabilité des ordonnateurs.* — Nous avons rappelé plus haut les distinctions que l'on peut établir entre les comptables et les ordonnateurs. Le critère essentiel consiste dans le maniement des fonds: la loi défend en effet aux personnes autres que les comptables de manier les deniers ou les choses appartenant à l'Etat ou aux autres personnes morales de droit public. Notamment, la loi ne permet pas aux administrateurs publics — et donc aux ordonnateurs — de procéder eux-mêmes à la manipulation des fonds. Comme nous l'avons déjà dit, la raison en est la division du travail, la distinction opérée entre ceux qui sont chargés de donner des ordres et ceux qui doivent les exécuter. En ce qui concerne, dès lors, « les actes non budgétaires, purement d'administration, qui auront sans doute pour effet d'engager des dépenses, mais qui sont sans action, ni directe, ni indirecte, sur le paiement » (ROMIEU, Conclusions sous Gleize, précité), le principe est l'irresponsabilité pécuniaire des agents vis-à-vis de l'Etat.

Dans de nombreuses espèces, le Conseil d'Etat a jugé que des dommages-intérêts ne sauraient être réclamés à des administrateurs ou à des ordonnateurs. Nous aurons l'occasion de les citer dans le chapitre où nous étudierons les solutions traditionnelles de la jurisprudence. Déjà, dans un arrêt Baron, du 10 juillet 1874, la haute juridiction administrative considérait: « qu'aucune disposition de loi n'autorise l'autorité administrative à prononcer sur la responsabilité des ordonnateurs ». (Dans le même sens: BASTIER, 4 décembre 1891; BROKS, 9 février 1894 (S. 96.3.10); MEYER, 10 novembre 1899, Rec. p. 621, etc...).

Les ordonnateurs, contrairement aux comptables, n'ont pas à leur disposition les deniers publics. Ils délivrent seulement des

mandats de payer. C'est au comptable qu'il appartiendra de vérifier la régularité de ces mandats et de ne les payer que contre pièces justificatives. C'est donc ce dernier qui sera tenu pour responsable.

Toutefois, il est des cas où les ordonnateurs, ainsi que les agents autres que les comptables, sont considérés responsables des paiements irréguliers. C'est ce qui arrivera lorsque l'ordonnateur aura eu effectivement à manier des fonds. Il en va de même lorsque des pièces fausses sont produites en vue d'obtenir un paiement. L'ordonnateur ou l'administrateur ayant établi ces pièces sont considérés comme des comptables de fait, s'étant substitués au comptable et ayant commis directement des paiements irréguliers. Telle est la jurisprudence constante de la Cour des comptes (Cf. aussi LAFERRIÈRE, *op. cit.*, t. I^{er}, p. 402; MARQUÈS DI BRAGA et LYON, *op. cit.*, t. II, p. 366 et s., n° 218, et t. III, p. 50 et 51, n° 250).

Une autre situation peut se présenter, c'est celle où la comptabilité est organisée de telle sorte que le comptable ne doit pas opérer de contrôle avant le paiement. Dans ce cas, « l'ordonnateur tire alors de véritables chèques sur la caisse publique; il se trouve en somme avoir les fonds à sa disposition ». C'est donc lui qui va se trouver responsable de la constatation du service fait, le comptable n'ayant plus à sa charge que la responsabilité de sa caisse et la vérification de l'identité de ceux à qui il paye.

Cette situation se présente dans les services régis par économie, ou régies de dépenses. Ces services ont à verser des sommes nombreuses et peu importantes. Le Trésor fait des avances au ministre ou à ses agents, et le comptable paie sans exercer de contrôle. Les justifications seront produites ultérieurement. Les deniers dont il s'agit sont des deniers ministériels, et c'est le régisseur, agent du ministre, qui est responsable de leur emploi, non le comptable. Ce régime est organisé par l'ordonnance du 14 septembre 1822 (art. 17) et par le décret du 31 mai 1862 (art. 94). Le régisseur, ayant la disposition des fonds, est considéré comme comptable, conformément à la législation de l'an 8.

Un système analogue existe dans les services de la solde et des frais de route dans l'armée. Dans ce cas, l'ordonnateur a le droit, en raison de l'urgence que présente le versement des sommes en question, d'émettre des mandats provisoires que le comptable devra payer sans vérification préalable. La responsabilité de ce dernier sera donc transférée à l'ordonnateur qui a la disposition des deniers. Ceux-ci sont des « deniers ministériels, détenus par le ministre ou ses agents. Les textes sur la comptabilité de l'armée de mer parlent ici, non de « mandat », mais de « bon provisoire », de « quittance comptable », et le

Enfin, le comptable devra s'assurer par tous moyens de l'identité du créancier qui lui réclame des fonds, de sa capacité, etc. (1). Il doit en effet fournir une quittance libératoire. Il est personnellement responsable de la validité de cette quittance, qui doit lui être remise datée et signée par la partie prenante. Toutefois, il est seulement responsable à l'égard du Trésorier payeur général. C'est ce dernier qui est responsable envers le Trésor du fait de ses subordonnés. Lorsqu'il y a lieu de partager la responsabilité, la ventilation est effectuée par le Ministre des Finances, avec possibilité de recours au Conseil d'Etat (2).

Les comptables sont responsables à la fois des actes qu'ils ont eux-mêmes commis, et de ceux de leurs pré-

décret du 25 Germinal an 13 désigne ces pièces sous le nom de « coupons ». La justification n'a lieu qu'après le paiement. « Tout se passe donc comme si les fonds étaient avancés par le payeur à l'ordonnateur pour être distribués par lui, ce qui permet d'assimiler l'ordonnateur à un régisseur de dépenses qui, lui, est responsable des deniers ministériels extraits de la caisse sans contrôle ». En conséquence, l'ordonnateur est déclaré responsable par les décrets sur la solde et les frais de route (Cf. MARQUÈS DI BRAGA et LYON, op. cit., t. III, n° 250, p. 77 à 82; t. 4, n° 290, p. 84, 85; LYON, *Matières budgétaires*, p. 483).

Il en va de même en ce qui concerne les frais de justice criminelle. Les sommes dues aux témoins sont payées sur mandat provisoire délivré par le Juge, lequel est considéré comme responsable par le décret du 18 juin 1811, art. 141.

Les traites de la Marine, tirées sur le Trésor par les commandants de navire et les consuls, en vue de pourvoir aux frais nécessités par les bâtiments, les troupes, ou le rapatriement des marins naufragés, sont elles aussi payées avant justification (Décret 31 mai 1862, art. 45 et s.), et seul le tireur en est responsable. Le décret du 31 mai 1862, art. 95, 100 et 103, dégage la responsabilité du comptable.

(1) Cic. 24 octobre 1917, D.P. 1918.1.5.

(2) C.E. 26 décembre 1891, D.P. 1893.3.49-50; Cr. des comptes, 16 janvier 1888, S. 569.

posés, en particulier des fondés de pouvoir, qui ne sont pas des fonctionnaires (1)

Lorsqu'une somme a été détournée par le préposé du comptable, celui-ci ne pourra en être tenu responsable par le Ministre des Finances qu'au cas où la juridiction compétente a décidé que la victime de ce détournement ne devait pas elle-même en être considérée comme responsable (2). La jurisprudence a ainsi décidé que le comptable ne sera pas jugé responsable si le préposé remplaçait son supérieur hiérarchique, qui se trouvait absent pour un congé régulier, lorsque le détournement a été commis (3), ou encore quand la victime a traité avec le préposé comme avec un simple particulier (4).

Mais les décrets de 1862, art. 351, et 25 mai 1875, art. 7, déclarent que les comptables sont responsables des agents placés sous leurs ordres. Ils ont toutefois un recours contre ces derniers.

L'ordonnance de 1831 (5) établit le principe de la responsabilité des comptables supérieurs et notamment des trésoriers-payeurs généraux et des receveurs des finances, mais ceci ne concerne que les recettes et les dépenses rattachées à la gestion du comptable principal. L'art. 329 du décret de 1862 prévoit que celui-ci pourra demander la décharge de cette responsabilité au Ministre des Finances. S'il n'obtient pas le bénéfice de la décharge, il est alors subrogé dans les droits du Trésor sur le cautionnement du subordonné dont il a acquitté le défi-

(1) Req. 21 mai 1878, S. 549; C.E. 17 mai 1889, D.P. 1890.3.94; Grenoble, 25 août 1881, et sur pourvoi Civ. 16 juin 1884, D.P. 85.1.213; Req. 24 décembre 1879, D. 80.1.204; C.E. 9 mars 1883, D.P. 84.3.105.

(2) C.E. 21 mars 1875, D.P. 76.3.13.

(3) C.E. 8 juillet 1892, D.P. 93.3.19.

(4) Grenoble, 25 août 1881.

(5) D. 31 mai 1862, art. 322.

cit, ainsi que dans tous les droits et actions, privilèges et hypothèques accessoires à la créance (1).

Les comptables de matières sont, eux aussi, responsables des pertes dont ils ne peuvent fournir la justification, sauf le cas de force majeure (2).

Lorsqu'ils ont le maniement des fonds publics, ils sont tenus pour responsables, au même titre que les agents du Trésor, pendant les délais qui leur sont impartis pour se justifier (3).

Ils sont soumis au contrôle de la Cour des Comptes depuis la loi du 6 juin 1843.

Les comptables, en général, sont astreints à un contrôle constant, au point de vue administratif, de la part de leurs supérieurs hiérarchiques et des inspecteurs des finances, ainsi que de l'Administration centrale qui vérifie les états de situation qu'ils doivent périodiquement lui adresser; au point de vue judiciaire, ce contrôle est exercé par la Cour des Comptes.

Ils doivent rendre des comptes, soit de « *clerc à maître* », d'après la hiérarchie administrative, soit judiciairement. C'est le cas des comptables principaux en deniers.

L'Administration a pris des précautions très sévères pour assurer la responsabilité effective des comptables.

Tout d'abord, ils sont tenus de verser un cautionnement qui peut être en espèces ou en valeurs. Ce cautionnement ne leur est restitué que lorsque la Cour des Comptes leur a donné quitus de leur gestion. Il est frappé d'un privilège de premier rang.

De plus, le comptable est responsable sur ses immeubles. Ceux qu'il possédait avant son entrée en fonctions

(1) D. 1862, art. 327 et 545.

(2) C.E. 26 mars 1909.

(3) D. 3 avril 1869, art. 169.

aussi bien que ceux qu'il a acquis à titre gratuit par la suite sont grevés d'une hypothèque légale au profit du Trésor. En outre, un privilège doit être inscrit sur les immeubles achetés par le comptable ou par sa femme séparée de biens.

Enfin, l'art. 2 de la loi de 1807 greève d'un privilège légal tous les biens meubles du comptable.

On sait que les comptables sont soumis à un régime disciplinaire très strict et qu'ils sont astreints à un certain nombre d'obligations, notamment, l'interdiction d'exercer une profession quelconque.

Jugement de la responsabilité du comptable

En pratique, la procédure de jugement de la responsabilité du comptable est organisée de la façon suivante.

La Cour des Comptes ne juge que le compte, non le comptable. C'est-à-dire qu'elle se borne à examiner le compte en lui-même, au point de vue matériel. C'est le Ministre des Finances qui statue sur la responsabilité du comptable en premier ressort et le Conseil d'Etat en appel. Ces deux juridictions, Cour des Comptes d'une part, Ministre et Conseil d'Etat, d'autre part, sont absolument indépendantes l'une de l'autre. Les fins poursuivies sont en effet différentes.

« La loi du 16 septembre 1807 et les dispositions réglementaires ultérieures relatives aux comptes des comptables publics ont eu pour but principal non de protéger le comptable, mais d'assurer l'accomplissement des règles budgétaires et de veiller à ce que les deniers publics, qui proviennent de l'impôt, ne soient pas détournés de leur destination par des pratiques ou des manœuvres ayant pour effet de fausser les règles de notre droit public financier : ce que doit poursuivre le juge des

comptes, c'est la *sincérité du compte*, quels que soient les résultats qui puissent découler provisoirement de ses arrêts pour le comptable, alors même que celui-ci n'aurait rien à se reprocher » (1).

Par contre, le Ministre et le Conseil d'Etat étudient l'affaire à fond, et prennent en considération les circonstances spéciales qui l'entourent.

L'irrégularité du compte, mise en lumière par la Cour des Comptes, qui déclare alors le comptable *en débet*, n'entraîne pas nécessairement la responsabilité de ce dernier. Le Ministre et, sur recours contentieux, le Conseil d'Etat, peuvent faire droit à la demande en décharge présentée par le comptable, et l'exonérer du remboursement du déficit mis à sa charge. Si le comptable ne conteste pas sa responsabilité, il peut toutefois demander une remise de débet *gracieuse*, que seul le Président de la République, s'il le juge à propos, lui accordera par voie de décret, après avis favorable du Ministre des Finances et du Conseil d'Etat (loi du 29 juin 1852 et art. 370 du décret du 31 mai 1862). Il convient de noter que le Ministre ne peut déclarer un comptable en débet si la Cour des Comptes a jugé que le compte était régulier.

C'est le Ministre des Finances qui est chargé de faire exécuter les arrêts de la Cour des Comptes, sous réserve de son appréciation de la responsabilité du comptable à qui, nous l'avons dit, il peut donner décharge. Le recouvrement du débet s'effectue au moyen de retenues ou de précomptes, ou bien par contrainte (2). L'Administration n'a d'ailleurs le droit de poursuivre ce recouvrement que dans les cas énumérés par la loi (3).

(1) Conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement ROMIEU sous Conseil d'Etat, 19 avril 1907, Gleize (S. 1909.3.102).

(2) D. du 3 avril 1869, art. 262.

(3) En ce sens, C.E. 10 novembre 1876, Rec. C.E. 1876, p. 788.

La constitution de débet peut être effectuée même après que le comptable a cessé ses fonctions et que son cautionnement lui a été restitué. Le Trésor conserve en effet un privilège sur ce cautionnement aussi longtemps que celui-ci n'est pas rentré dans le patrimoine du comptable et ne s'est pas confondu avec ses autres biens (1).

La responsabilité des comptables apparaît donc comme fortement organisée.

Des raisons impérieuses expliquent cet état de fait et les attributions des comptables nécessitaient une semblable législation.

Quelle est l'efficacité d'une pareille responsabilité au point de vue technique, c'est-à-dire financier, et quelle en est la caractéristique importante au point de vue juridique ?

C'est une constatation d'évidence que la responsabilité des comptables ne garantit pas toute sécurité en matière d'exécution budgétaire et, plus généralement, de finances publiques. Le comptable n'intervient qu'à ce que l'on pourrait appeler les dernières étapes de l'exécution du budget et après que les dépenses aient été engagées. C'est ce fait qui explique l'intérêt relatif qui s'attache, en matière financière, à la responsabilité des comptables publics. Pour que la responsabilité des fonctionnaires ait dans l'exécution du budget l'importance primordiale que l'on pourrait souhaiter, il serait essentiel que jouassent concurremment celle des comptables et celle des ordonnateurs. Celle-ci, intervenant au stade de l'engagement de la dépense, est nécessaire pour donner à celle-là toute sa portée et n'en est en quelque sorte que le prélude. C'est donc, en définitive, l'absence de responsabilité des ordonnateurs et non une insuffisance

(1) Paris, 2 juin 1892, S. 616.

de celle des comptables qui, du point de vue technique, peut être mise en cause.

Au point de vue juridique, l'évolution qu'a connue la responsabilité des comptables est particulièrement digne d'être retenue. A l'origine, le principe dominant est le préjudice causé et l'étendue de la responsabilité est rigoureusement déterminée par l'ampleur du dommage subi. Nous avons constaté qu'en matière de recouvrement des impôts, un changement notable était intervenu sur ce point grâce à la législation de 1925 et de 1928. Il n'y a plus solidarité étroite entre la responsabilité et l'importance du préjudice, mais bien entre la responsabilité et la gravité de la faute. Il y a là une modification dans la notion et dans la nature même de la responsabilité, et celle-ci y apparaît de plus en plus comme une sanction supplémentaire portant non plus sur la carrière proprement dit, mais sur le patrimoine de l'agent mis en cause. C'est là une conception digne d'intérêt pour la construction d'une théorie générale de la responsabilité des agents publics et que nous aurons l'occasion de reprendre en conclusion.

**§ 2. — Responsabilité des intendants,
des Commissaires de la marine et des Commissaires des
troupes coloniales en ce qui concerne les frais de route**

Il convient d'examiner brièvement la responsabilité qui pèse sur certains agents de l'armée, soit de terre, soit de mer.

Il y a là des solutions particulières traditionnelles qui ne présentent pas un grand intérêt du point de vue des principes et qu'expliquent les nécessités d'une organisation autonome et durable des forces armées.

a) *Responsabilité des intendants.* — Les ordonnances

et décrets sur la solde et les frais de route prévoient le paiement sur mandats provisoires, et régularisation postérieure, l'ordonnateur étant seul responsable. Le Conseil d'Etat a rendu deux arrêts, le 26 mai 1853 (1), sur cette base.

D'autre part, la loi du 22 Nivôse an 3 (Tit. I, sect. I, art. 12) stipule expressément la responsabilité des commissaires de guerre, qui ont été remplacés par des intendants par la loi du 29 janvier 1817: « Lorsqu'une somme aura été indûment payée ou une livraison opérée contre les formes établies par les lois ou sur les ordres irréguliers d'un commissaire des guerres, il en sera fait retenue sur ses appointements jusqu'à concurrence de la somme perdue par la République ou sur les biens personnels du commissaire des guerres. » La responsabilité des intendants, comme celle édictée par la loi du 16 mars 1882 pour les commandants militaires, est très étendue. « Elle s'applique *a fortiori* pour le cas de solde ou de frais de route, pour lequel un texte législatif ne serait pas nécessaire ».

b) *Responsabilité des commissaires de la marine.* — Ces commissaires ont, pour l'armée de mer, les mêmes fonctions que les intendants pour l'armée de terre. L'ordonnance du 22 juin 1847, art. 554, le décret du 24 septembre 1896, art. 178, l'ordonnance du 3 janvier 1835 organisent un régime de comptabilité identique à celui de l'intendance en ce qui concerne la solde et les frais de route. Là encore, ce sont les ordonnateurs qui sont tenus pour responsables. Aucune loi spéciale n'édicte de responsabilité pécuniaire pour les commissaires de la marine, les textes précités émanant du pouvoir exécutif. Mais en ce qui concerne la solde et les frais de route, il faut considérer que la loi de l'an 3 doit être

(1) BLANQUART et D'ELBAUVE, Rec. p. 545 et 547.

appliquée, l'ordonnateur ayant le maniement virtuel des deniers publics (1). Cette responsabilité repose sur le régime de comptabilité établi par décret, en vertu de la loi du 24 avril 1853, et aussi sur les règles de droit commun concernant les comptables de fait.

c) *Responsabilité des commissaires des troupes coloniales.* — La responsabilité du commissaire ordonnateur résulte, ainsi qu'on l'a vu, du régime spécial de comptabilité qui donne à l'ordonnateur la disposition des deniers publics, en exemptant les comptables de la vérification préalable au paiement et de la constatation du service fait.

En outre, la loi du 28 Nivôse an 3, stipulant la responsabilité des intendants pour les frais de route, doit s'appliquer aux commissaires des troupes coloniales, car le règlement d'administration publique du 11 juin 1901, art. 7, assimile les commissaires des troupes coloniales aux intendants militaires tant au point de vue des attributions que de la responsabilité, ce qui, est parfaitement conforme au vœu du législateur. En résumé, conclut M. ROMIEU dans ses remarquables conclusions sous l'arrêt Gleize, précité, dont nous nous sommes largement inspirés, il faut considérer que « les commissaires des troupes coloniales sont responsables pécuniairement des paiements irréguliers dans les mêmes conditions que les intendants, et cela pour deux motifs :

« 1° parce que la loi du 28 Nivôse an 3, édictant la responsabilité des intendants, loi qui ne vise pas seulement la solde et les frais de route, mais qui a une portée beaucoup plus générale, s'applique aux commissaires des troupes coloniales; 2° parce que, même si la loi du 28 Nivôse an 3 ne s'appliquait pas (ce qui semble être le cas pour l'armée de mer), le régime de la comptabilité

(1) Cf. C.E. 26 mai 1853, deux arrêts précités.

pour les frais de route et la solde implique la participation des commissaires des troupes coloniales au maniement des deniers publics, et entraîne par suite leur responsabilité pécuniaire, par application des principes généraux de la législation de l'an 8 ».

Nous nous trouvons ici en présence d'une responsabilité anciennement organisée et qui a toujours donné satisfaction, tant d'ailleurs à raison de l'aménagement très spécial des services publics en cause que de celui de cette responsabilité.

Section II

RESPONSABILITÉ PARTICULIÈRE DE CERTAINS FONCTIONNAIRES

§ 1. — Responsabilité civile des ministres

La responsabilité des ministres revêt une multiplicité d'aspects suivant les faits qui sont à son origine et les procédures qui en assurent l'efficacité. Elle peut être politique et sera alors sanctionnée par la démission ou le renvoi du ministre. Elle peut être pénale lorsque ce dernier a, dans l'exercice de ses fonctions, accompli un acte que la loi définit comme une infraction. Enfin, elle sera civile lorsque le ministre aura à réparer un préjudice illégalement causé. Sous cette dernière forme, elle peut jouer au bénéfice, soit des particuliers, soit de l'Etat.

C'est la responsabilité civile des ministres vis-à-vis de l'Etat qui sera étudiée ici. Des textes en posent le principe, mais sa procédure particulièrement délicate a permis de la rendre inefficace.

La responsabilité civile des ministres est à la fois trop grave pour n'être pas étroitement réglementée et trop légitime pour pouvoir être ouvertement niée. Quoi qu'on ait pu laisser entendre parfois, son fondement est dans les textes et non dans les principes généraux dégagés par la jurisprudence en matière de responsabilité.

Le législateur a rappelé le principe en plusieurs occasions et la fréquence même des textes ne fait que couvrir l'absence d'application.

La loi de finances du 25 mars 1917 indiquait déjà que les ministres ne pourraient, sous leur responsabilité, dépenser au-delà du crédit alloué par les Chambres. Une loi du 15 mai 1850 énonçait une règle semblable. Depuis celle du 31 décembre 1920, les lois de finances annuelles contenaient une clause de style engageant la responsabilité personnelle des ministres ordonnateurs pour des dépassements de crédits. La grande loi du 10 août 1922 sur le contrôle des dépenses engagées interdit dans son article 9, « à peine de forfaiture » aux ministres et sous-secrétaires d'Etat et à tous les fonctionnaires publics, de prendre sciemment des mesures ayant pour objet d'engager des dépenses dépassant les crédits ouverts (1).

Plus récemment, l'acte constitutionnel N° 7 en date du 27 janvier 1941 (2), précise : « Les Secrétaires d'Etat, hauts dignitaires et hauts fonctionnaires de l'Etat, sont personnellement responsables devant le Chef de l'Etat. Cette responsabilité engage leur personne et leurs biens. »

Ce texte vise nécessairement les ministres, puisque si tous les secrétaires d'Etat n'ont pas rang de ministres, tous ces derniers sont des secrétaires d'Etat. Le principe de la responsabilité civile des ministres est donc reconnu une fois de plus (3).

(1) Ayant posé le principe, la loi a, d'ailleurs, le souci de l'adapter aux nécessités gouvernementales. C'est ce qui résulte par exemple de l'art. 9, § 3, de la loi du 10 août 1922, dans l'hypothèse où il s'agit de dépenses nationales urgentes.

(2) J. O. 29 janvier 1941.

(3) Nous n'avons point à étudier spécialement l'acte constitutionnel n° 7 qui soulève le problème général de la responsabilité politique et administrative des ministres.

Il convient d'indiquer cependant que la responsabilité que ce texte prévoit paraît être beaucoup plus pénale et disciplinaire que civile. Certes, l'acte précise que cette responsabilité engage

L'échec apparaît dans la mise en œuvre du principe pourtant indiscutablement admis dans le droit positif. C'est dans la procédure et ses difficultés, que se réfugient les adversaires de la responsabilité civile. Aussi bien, alors qu'ils rappelaient le principe, les législateurs successifs semblaient redouter d'en organiser efficacement la sanction.

Quelle est la juridiction compétente pour connaître de la responsabilité civile des ministres ?

La Cour des Comptes n'a à juger que les comptes des comptables, et d'ailleurs ses décisions concernent davantage les comptes que les comptables.

La justice politique, comme on l'a rappelée, qu'elle résulte des lois de 1875 qui organisaient la Haute Cour, ou de l'Acte Constitutionnel n° 5, créant la Cour Suprême de Justice, paraît peu apte à trancher des litiges de la nature de ceux qui nous occupent. Il n'est pas jusqu'à l'Acte Constitutionnel N° 7, qui prévoit la juridiction directe du Chef de l'Etat, qui ne soit, en pareille hypothèse, d'une application difficile. Haute Cour, Cour Suprême de Justice, juridiction du Chef de l'Etat, concernaient ou concernent des infractions d'origine stricte-

les biens des individus. Mais elle apparaît engager beaucoup plus leur personne et leur carrière.

D'une part, l'Acte est rétroactif et des considérations essentiellement politiques semblent seules expliquer cette rétroactivité, exceptionnelle par rapport au droit commun.

D'autre part, la responsabilité joue devant le Chef de l'Etat et il y a là un nouvel indice en faveur du caractère disciplinaire de l'action que prévoit le texte.

En résumé, si l'Acte N° 7 rappelle le principe et l'éventualité de la responsabilité civile des ministres, il semble bien que ce soit à titre accessoire par rapport à l'action pénale qui apparaît seule essentielle.

La même explication peut être donnée en ce qui concerne les « hauts dignitaires » et les « hauts fonctionnaires », terme dont d'ailleurs la portée exacte n'est pas précisée.

ment politique, s'analysant dans des faits plus ou moins voisins de la haute trahison.

Quant aux tribunaux judiciaires, leur compétence paraissait, pour les partisans de l'irresponsabilité civile des ministres, nécessairement exclue par la conception française de la séparation des pouvoirs, même après les aménagements qui peuvent résulter des actes constitutionnels postérieurs à juin 1940.

Cependant, ainsi que le remarque M. ROLLAND (1), « les tribunaux judiciaires étaient probablement compétents dans ce cas, comme ils sont pour connaître de la responsabilité des fonctionnaires ayant commis une faute personnelle dans l'exercice de leurs fonctions ».

Le Conseil d'Etat ne se prononce que sur les actes d'administration, et non sur les administrateurs.

Si exacte que soit cette remarque, il n'empêche que l'on pourrait envisager, ainsi que fait M. JÈZE, de rendre le Conseil d'Etat compétent en cette matière, sinon de façon directe, du moins de façon indirecte. En effet, le Ministre des Finances pourrait ordonner au ministre ou à l'ancien ministre ayant causé un préjudice à l'Etat de rembourser à ce dernier le montant du dommage, au moyen d'un *arrêté de débet*. Le ministre contre qui était prise cette mesure aurait le droit d'en contester la régularité en adressant un recours au Conseil d'Etat, à qui il appartiendrait dès lors de juger. En dépit des sérieux avantages que pourrait présenter cette procédure, elle n'a jamais été employée.

C'est en effet par l'absence d'une juridiction compétente que l'on expliquera l'échec survenu dans les rares hypothèses où la responsabilité civile des ministres a été mise en jeu. Il suffit de rappeler à cet égard l'affaire

(1) ROLLAND: D'après les Rép. écrites de droit adm. 1940-41, p. 254.

Peyronnet, garde des sceaux de Louis XVIII, et l'affaire Etienne Cailloux, ministre des Travaux publics en 1875 (1). Dans les deux cas, l'inertie gouvernementale se couvrira de l'absence de juridiction compétente pour connaître de ces infractions.

En fait, et quelle que soit la force des affirmations de principe, la responsabilité civile des ministres n'est pas efficacement organisée.

Il y a là une lacune d'autant plus regrettable, qu'en l'absence d'une juridiction compétente, c'est le principe même de la responsabilité civile qui perd toute réalité.

Aucune raison valable ne peut la justifier. La responsabilité civile des ordonnateurs, et plus généralement des administrateurs, est aussi légitime, aussi nécessaire que celle des comptables : elle en est comme le complément, et sa justification seule permet une rigoureuse et exacte exécution budgétaire.

Dès lors qu'est admise la responsabilité des ordonnateurs, on conçoit mal comment leurs chefs hiérarchiques suprêmes pourraient échapper à cette règle qui est d'autant plus nécessaire que sont plus larges les pouvoirs et la compétence du fonctionnaire considéré.

L'absence de tribunal compétent n'est qu'un prétexte difficilement admissible : tout litige doit trouver son juge, qu'il s'agisse d'une juridiction de droit commun ou d'attribution (2).

Admise dans son principe, la responsabilité civile des ministres doit être effective dans ses applications. L'absence d'une juridiction compétente ne constitue, à notre avis, en cette matière, aucun obstacle sérieux.

(1) BARTHÉLÉMY et DUEZ : *Traité de Droit Constitutionnel*, p. 787.

(2) Sur le problème de la juridiction compétente pour connaître de la responsabilité civile des ministres, voir notamment : DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, 2^e édit. t. IV, p. 865 et ss.

Responsabilité civile des instituteurs et des magistrats

Les textes sur la responsabilité des instituteurs et des magistrats s'explique par la situation éminemment particulière de ces fonctionnaires.

Les instituteurs ont la garde d'enfants, c'est-à-dire de personnes nécessitant une surveillance d'autant plus active qu'elles se trouvent groupées. C'est là une responsabilité d'autant plus lourde que les conditions d'installation du service ne correspondent pas toujours ici à une sécurité, difficile d'ailleurs à obtenir ; enfin la modicité des traitements versés au fonctionnaire est sans commune mesure avec la gravité des accidents possibles, dès lors que l'instituteur reste responsable pendant les jeux de ses élèves ou leurs exercices d'éducation physique. Il fallait donc un système de responsabilité particulièrement strict, mais qui donnât en même temps aux particuliers toutes les garanties désirables en matière d'indemnisation.

Les magistrats doivent, pour leur part, être tenus responsables de leurs fautes plus peut-être que d'autres fonctionnaires, à raison des conséquences particulièrement dangereuses que peuvent avoir celles-ci. Par ailleurs, les conditions du service ne sont point telles qu'elles dépassent les possibilités normales d'attention de l'individu. La faute personnelle du magistrat doit donc entraîner ici une responsabilité qui revête, en fait au moins, l'allure d'une action disciplinaire. C'est ce que permettra, plus ou moins, l'action récursoire que prévoit la loi du 7 février 1933.

§ 2. — De la responsabilité des instituteurs

L'étude à laquelle nous allons nous livrer sera une étude de droit civil, bien qu'il s'agisse, en fait, de la

responsabilité de l'Etat. La raison en est très simple : en prenant à sa charge la responsabilité de son instituteur, l'Etat n'a fait que se substituer à lui, en conséquence, on lui appliquera les règles du droit commun en ce qui concerne la compétence, les règles de la preuve, la procédure.

La responsabilité de l'Etat a été instituée par la loi du 20 juillet 1899, modifiée par celle du 5 avril 1937. Nous ferons précéder l'étude de ces deux lois de celle de la présomption de faute que le Code civil mettait à la charge des instituteurs.

La vie en société implique la responsabilité des hommes pour les dommages qu'ils causent, volontairement ou non, à autrui. Mais on ne peut appliquer cette sanction aux enfants, et cela pour une double raison : ils n'ont pas une pleine conscience de la portée de leurs actes, et, d'autre part, ils n'ont pas de fortune personnelle, ou, s'ils en ont une, ne peuvent pas en disposer librement. Pour protéger les droits des éventuelles victimes des dommages causés par des enfants, la loi a édicté certaines présomptions de faute qui pèsent, soit sur les parents, coupables d'avoir donné une mauvaise éducation à leurs enfants, soit sur les artisans et instituteurs, à qui les parents en ont confié la garde. C'est l'article 1384 qui édicte ces présomptions. Nous nous bornerons à examiner celle qui pèse sur les instituteurs.

Quelles vont être les conditions nécessaires pour que joue cette présomption ? L'instituteur est responsable des dommages qu'un élève cause à un autre élève, à un tiers, ou à un objet pendant l'activité scolaire. Cette présomption ne couvre pas les cas où l'accident est causé par le maître lui-même ou par un tiers. La victime doit, dans ce dernier cas, invoquer contre eux l'article 1384 C. C., c'est-à-dire qu'elle doit prouver leur faute personnelle selon le droit commun. L'instituteur n'est pas res-

ponsable du fait d'un élève qui se blesse lui-même.

Pour obtenir des dommages-intérêts, la victime doit prouver seulement que le dommage a été causé en classe par un autre élève. Cette preuve établie, l'instituteur sera présumé coupable. Pour échapper à une condamnation, il devra prouver qu'il a surveillé attentivement les élèves et qu'aucune faute ne peut lui être reprochée. Bien entendu, cette obligation de surveillance varie avec l'âge des élèves : dans les écoles d'adultes, où les élèves sont plus maîtres de leurs mouvements, les accidents sont moins fréquents, et la surveillance de l'instituteur sensiblement moins rigoureuse.

C'est le droit commun qui est applicable à cette responsabilité, tant en ce qui concerne la compétence que la procédure, la prescription, le calcul des dommages-intérêts.

A l'époque où le Code civil a été promulgué, l'instituteur n'était pas un fonctionnaire et ne jouissait pas des avantages attachés à cette qualité. En revanche, il était libre — au moins théoriquement — de choisir les heures de classe, le local scolaire, les élèves, et d'écarter, parmi ces derniers, ceux qu'il jugeait dangereux. Ceci présente une très grande importance, au point de vue qui nous occupe, car la présomption de l'art. 1384 est basée sur une faute dans le choix et sur une faute dans la surveillance.

Sous le régime de la loi du 28 mars 1882, qui rend obligatoire la fréquentation de l'école primaire, l'instituteur (devenu fonctionnaire public en vertu de la loi du 28 juin 1833) n'a plus le droit d'exercer un choix sur ses élèves. Quelques décisions étant intervenues à cette époque, qui frappaient les instituteurs de sanctions sans rapport avec leurs ressources, ceux-ci trouvèrent injuste d'être les seuls fonctionnaires qui paraissaient échapper à la règle générale d'irresponsabilité.

C'est alors qu'intervint la loi du 20 juillet 1899 qui opère deux grandes réformes : elle substitue la responsabilité de l'Etat à celle des instituteurs, et elle rend l'Etat justiciable des tribunaux civils.

La substitution de la responsabilité de l'Etat à celle des instituteurs ne s'applique qu'à ceux qui relèvent directement de l'Etat, donc à l'exception des instituteurs privés, qui demeuraient régis par l'art. 1384, des instituteurs communaux et des instituteurs départementaux.

L'Etat n'est responsable que des dommages causés *par un élève* pendant les heures officielles de classe (1). Sa responsabilité n'est pas engagée en cas de dommages survenus au cours de leçons données gratuitement par l'instituteur, ou de celles données dans des écoles privées.

L'Etat ne répond pas des dommages qu'un élève se cause à lui-même, ou de ceux qu'un tiers, ou que l'instituteur lui-même, cause aux élèves.

En ce qui concerne la compétence, bien qu'il s'agisse d'une action dirigée contre l'Etat, ce sont les tribunaux judiciaires qui sont compétents. La solution est tout à fait logique, car il s'agit là d'une simple substitution de la responsabilité de l'Etat à celle de l'instituteur. C'est le tribunal civil du lieu de l'accident, et non celui du domicile du défendeur, qui connaît de l'affaire.

Sous le régime de la loi de 1899, la victime peut, soit assigner l'Etat seul, ou l'instituteur seul, ou les deux à la fois. Cette solution était plus avantageuse tant pour la victime, qui pouvait obtenir une condamnation contre l'instituteur, même quand il s'agissait d'un des cas où l'Etat refusait de couvrir l'instituteur, que pour l'Etat, qui pouvait utiliser la condamnation prononcée contre l'instituteur pour exercer contre lui son recours

Cette loi de 1899 n'avait pas satisfait aux exigences

(1) Bordeaux, 13 novembre 1911, S. 1912.2.199.

des instituteurs, qui se trouvaient protégés contre les actions des particuliers, mais contre qui le recours de l'Etat demeurait toujours possible. Elle a été modifiée par la loi du 5 avril 1937

La grande innovation de cette loi a été la suppression de la présomption de faute qui pesait sur les instituteurs. Cette exonération s'étend à tous les instituteurs publics relevant de l'Etat ou des communes ou départements, ainsi qu'aux instituteurs privés (1).

Cette substitution a donc pour effet de replacer l'instituteur sous l'empire du droit commun. Sa responsabilité se trouve régie par l'art. 1382, et non plus par l'art. 1384, du Code civil. Il appartiendra à la victime d'établir qu'il y a lieu à l'application de l'art. 1382. Ce n'est qu'après que la faute personnelle de l'instituteur aura été établie que la responsabilité de l'Etat pourra lui être substituée. « Bien que la procédure... ne mettra face à face que l'Etat et la victime du dommage, l'agent demeure tout de même le personnage central du procès : c'est son attitude personnelle qu'on apprécie et qu'on juge » (2).

Toutefois, l'action de la victime ou de ses représentants devra être intentée directement contre l'Etat, alors que sous le régime de la loi de 1899 elle pouvait l'être contre l'instituteur. On a voulu ainsi éviter à ce dernier tout dérangement ; il ne peut même pas être appelé en justice comme témoin ; il bénéficie donc d'une véritable immunité judiciaire. Mais les instituteurs peuvent intervenir à l'instance s'ils considèrent que leur cause n'est pas bien défendue par l'Etat.

La substitution de l'Etat est complète. Il ne sera responsable, comme le serait l'instituteur lui-même, nous

(1) En ce sens: Nantes, 1^{er} février 1938, Gaz. Pal., 1938.1.726.

(2) DUEZ, op. cit., p. 295.

l'avons dit, qu'en cas de faute prouvée, et non plus présumée. C'est donc lui le principal bénéficiaire de la loi de 1937, puisque sa responsabilité doit être démontrée.

Ce régime a soulevé des critiques, car il diminue les cas où joue la responsabilité de l'Etat. De nombreux auteurs seraient au contraire partisans de l'institution d'un risque scolaire.

Cette substitution ne s'opère que pour les membres de l'enseignement public, aux termes de l'article 2 de la loi de 1937. Les instituteurs privés bénéficient seulement de la décharge de la présomption de faute que l'art. 1384 faisait peser sur eux.

Que faut-il entendre par « membres de l'enseignement public » ? Les membres des corps enseignants de l'Etat, *sous la surveillance* desquels se trouvent les élèves. Ceci élimine, d'une part, les instituteurs qui n'ont pas la qualité d'instituteur public, d'autre part, les membres de l'enseignement supérieur qui n'ont pas à exercer une véritable surveillance sur leurs étudiants (1)

La loi de 1937 constitue un élargissement de la responsabilité de l'Etat en ce qui concerne son champ d'application. Sa responsabilité se trouvera engagée, en effet, non seulement en cas de dommage *causé par un élève* à un autre élève comme sous la loi de 1899, mais encore en cas de dommage *subi par un élève*, soit du fait d'un tiers, soit qu'il se cause à lui-même, par la faute de l'instituteur.

Pour que la substitution s'applique, il faut que l'instituteur se soit rendu coupable d'un défaut de surveil-

(1) La jurisprudence considère que le doyen d'une Faculté n'est pas un instituteur au sens de l'art. 1384: Angers, 3 mars 1936, S. 1937.2.49.

lance, et que l'accident ait eu lieu pendant le temps où cette surveillance aurait dû s'exercer (1).

La période pendant laquelle la responsabilité de l'Etat peut se trouver engagée est élargie par la nouvelle loi. Sous le régime de la loi de 1899, nous avons vu que la substitution de responsabilité ne pouvait s'opérer que lorsque les dommages en question étaient survenus pendant les heures officielles de service de l'instituteur. L'article 2 de la loi de 1937 indique que la substitution joue, non seulement quand l'instituteur a agi « à raison de ses fonctions », mais encore « toutes les fois que, pendant la scolarité ou en dehors de la scolarité, dans un but d'éducation morale ou physique, non interdit par les règlements, les enfants ou jeunes gens confiés ainsi aux membres de l'enseignement public se trouveront sous la surveillance de ces derniers ».

On sait que, d'après la jurisprudence administrative, le fonctionnaire n'est responsable des dommages qu'il a causés aux tiers que quand il a commis une faute personnelle, auquel cas il peut être actionné devant les tribunaux judiciaires ; en cas de faute de service, seul l'Etat est responsable et peut être poursuivi devant le Conseil d'Etat. On s'est demandé si l'art. 2 de la loi de 1937 apportait des changements à ce système dans le cas où est intervenu un fait de l'instituteur constitutif d'une faute de service, c'est-à-dire si l'on devait appliquer alors les règles générales administratives, quant à la compétence, la possibilité du recours de l'Etat contre l'agent coupable, ou, au contraire, les dispositions de la loi de 1937 qui prévoient la compétence judiciaire. En tirant argument de la rédaction même de l'art. 2 de la loi de 1937, qui pose comme condition à la substitu-

(1) Cf. MAZEAUD, *op. cit.*, t. I^{er}, n° 851-30; DUEZ, *op. cit.*, 294-29.

tion que la responsabilité de l'instituteur soit engagée, ce qui n'a pas lieu en cas de faute de service, on estime que la responsabilité de l'Etat ne sera substituée à celle de l'instituteur que s'il y a faute personnelle de ce dernier, les règles de la responsabilité administrative s'appliquant en cas de faute de service (1).

L'action de la victime se prescrira donc par trois ans, en cas de faute personnelle, et par trente ans quand il y aura faute de service.

La loi de 1937 établit la compétence des tribunaux judiciaires *ratione loci*. Ce sera donc le juge de paix ou le tribunal civil du lieu de l'accident selon la valeur du litige.

La loi de 1937 reconnaît expressément à l'Etat le droit d'intenter une action récursoire contre les instituteurs, et contre les tiers.

Les tiers peuvent être soit le père de l'enfant, responsable de la mauvaise éducation qu'il a donnée à ce dernier, le chef d'équipe d'exercices physiques, la commune ou le département, propriétaire du bâtiment scolaire, coupables de ne pas lui avoir donné les soins nécessaires.

Quant au recours de l'Etat contre l'instituteur, il ne peut s'exercer, aux termes mêmes des travaux préparatoires de la loi de 1937, « que dans l'hypothèse où l'instituteur aura commis une faute personnelle excluant la faute de service » (2). La jurisprudence interprète très largement la notion de faute de service (3).

Lorsqu'il est possible, le droit de recours de l'Etat

(1) MAZEAUD, *op. cit.*, n° 851.33.35.

(2) S. 1937.5.402.7. — WALINE, D. 1938.4.43 (I. 5°).

(3) Notamment, Dijon, 20 janvier 1926, *Gaz. Pal.* 1926.1.692; C.E. 20 janvier 1937, *La loi*, 14 octobre 1937.

n'est jamais obligatoire. C'est une simple faculté dont il est libre d'user.

Lorsque l'Etat, condamné à des dommages-intérêts, exerce son action récursoire contre l'instituteur, la question de la faute de ce dernier peut être soulevée, la décision prise par les juges, dans la première instance, n'ayant pas force de chose jugée contre l'instituteur qui n'était pas partie au procès intenté par la victime contre l'Etat. Afin de ne pas courir le risque d'être débouté de son recours au cas où l'instituteur serait considéré, dans le nouveau procès, n'avoir pas commis de faute, l'Etat peut, lors de l'action intentée par la victime, appeler l'instituteur en garantie.

L'action de l'Etat suit les règles de compétence du droit commun. C'est le tribunal civil du domicile de l'instituteur qui est compétent. Les actions dirigées contre l'Etat et contre l'instituteur ne doivent pas nécessairement être jugées par le même tribunal. L'action récursoire est soumise à la prescription trentenaire.

On peut noter que dans la plupart des pays étrangers, les instituteurs sont tenus pour responsables des dommages causés par leurs élèves.

La loi de 1937 a soulevé de vives critiques, car elle aggrave la situation de la victime qui doit apporter la preuve de la faute de surveillance commise par l'instituteur, ce qui lui sera le plus souvent très difficile. « Il est, en tout cas, heureux que le Parlement n'ait pas supprimé le recours de l'Etat, ce qui aurait créé une immunité inadmissible en faveur des membres de l'enseignement public. Reste à savoir si l'Etat exercera ce recours aussi souvent qu'il est nécessaire pour empêcher les membres de l'enseignement public de se persuader qu'ils sont irresponsables ; s'il ne le fait pas, il est à craindre que les membres de l'enseignement public ne

soient tentés trop souvent de se départir de la très grande vigilance que leur imposent leurs fonctions » (1).

§ 3. — La responsabilité des magistrats

Les juges, on le sait, ont pour mission de sauvegarder la paix publique. Pour qu'ils puissent accomplir cette tâche délicate, il est indispensable de leur accorder une grande liberté dans l'exercice de leur mission. Mais, d'autre part, les magistrats sont faillibles comme tous les hommes et, en dépit de toute l'attention qu'ils prennent, ils peuvent être amenés, en jugeant les litiges, à commettre des fautes dont les citoyens auront à subir les préjudices. Il serait donc difficile de prétendre les rendre responsables de toutes les fautes commises dans l'exercice des fonctions judiciaires. Mais il serait, par ailleurs, insoutenable de leur accorder une immunité entière, et ce serait une injustice évidente que de leur permettre de se rendre coupables de fautes graves sans qu'ils aient à en répondre.

Le législateur a donc été amené à construire un système spécial, en ce qui concerne la responsabilité des magistrats, et dont les règles sont nettement différentes de celles applicables aux autres fonctionnaires.

Ces règles sont contenues dans les articles 505 et ss. du Code de Procédure civile, modifiés et complétés par la loi du 7 février 1933, art. 7.

La responsabilité des magistrats, telle qu'elle est organisée en particulier depuis la loi du 7 février 1933, présente une hypothèse particulière de responsabilité indirecte du fonctionnaire vis-à-vis de la personne morale dont il dépend.

(1) MAZEAUD, *op. cit.*, n° 851-51, p. 876.

La tradition a toujours voulu que l'irresponsabilité soit la règle en ce qui concerne les dommages causés par le fonctionnement du service public de la justice. Des justifications assez diverses ont été données : la justice aurait été une manifestation directe de la souveraineté de l'Etat ; plus justement, on a fait remarquer que la responsabilité du service public de la justice risquait de mettre en péril l'autorité de la chose jugée.

Le résultat est que la responsabilité des magistrats pour faute n'est retenue qu'exceptionnellement. C'est celle qui donnera lieu éventuellement à ce que nous avons appelé la responsabilité indirecte des magistrats vis-à-vis de la puissance publique.

Les textes qui ont fait brèche dans l'irresponsabilité dominante en cette matière sont les lois du 8 juin 1895 et du 7 février 1933.

La loi du 8 juin 1895 a modifié l'article 446 du Code d'Instruction criminelle. Elle décide que « l'arrêt ou le jugement de révision d'où résultera l'innocence d'un condamné pourra, sur sa demande, lui allouer des dommages-intérêts, à raison du préjudice que lui aura causé la condamnation ». Les dommages-intérêts sont, en principe, à la charge de l'Etat.

La responsabilité qu'établit la loi du 8 juin 1895 peut se caractériser à un double point de vue. En premier lieu, c'est une responsabilité pour risque et non une responsabilité pour faute (1). Du fait même que l'erreur judiciaire est reconnue, l'indemnité peut être accordée sans que la victime du dommage ait à établir que l'erreur est due à une faute du service public de la justice.

En outre, les dommages-intérêts sont à la charge de l'Etat. Très logiquement, puisqu'il n'y a pas responsabi-

(1) Voir en ce sens DUEZ : *La responsabilité de la puissance publique*, p. 257.

lité pour faute, les magistrats sont maintenus hors de cause. La loi du 8 juin 1895 n'engage pas ni directement, ni indirectement la responsabilité civile des magistrats.

La situation est toute différente avec la loi du 7 février 1933. La responsabilité personnelle du juge et des auxiliaires, soit de la justice civile, soit de la justice criminelle, peut être mise en jeu par la procédure de la prise à partie que prévoit l'article 505 du Code de Procédure civile.

Cette procédure « est, d'ailleurs, en réalité, non pas une voie de recours, mais une action en responsabilité dirigée contre un ou plusieurs magistrats, et dotée par la loi d'une procédure spéciale » (1).

L'instance doit être portée devant les tribunaux judiciaires. Ce sont les Cours d'appel et la Cour de Cassation qui sont compétentes pour en connaître.

En ce qui touche le fond, la prise à partie protège les magistrats de façon très efficace. En effet, pour que leur responsabilité puisse être actionnée, le plaideur doit obtenir une autorisation préalable. La loi de 1933 a maintenu cette exigence qui n'a d'ailleurs jamais été écartée, la jurisprudence et la doctrine sont d'accord pour le reconnaître. Mais la loi nouvelle a assoupli cette autorisation, en en faisant une véritable instance judiciaire, qui comporte « recours et publicité ».

Après la loi de 1933, les magistrats continuent à ne pouvoir être poursuivis sans une autorisation préalable du premier président. La procédure, devant ce dernier, est très simple. Elle ne comporte ni publicité, ni contradiction, car le président statue sur pièces. Il peut ou bien autoriser la prise à partie, ou bien la rejeter. Dans ce dernier cas, il doit motiver sa décision. Mais, en cas de refus d'autorisation, un recours de la part du plai-

(1) MAZEAUD, *op. cit.*, t. I, p. 311.

deur peut être porté devant la Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation. Celle-ci statue en audience publique, et peut ou rejeter ou accorder l'autorisation demandée.

Lorsque le demandeur obtient gain de cause, le magistrat est condamné pécuniairement envers lui. Dans ce cas, le nouvel article 505 prévoit que l'Etat sera civilement responsable des condamnations en dommages-intérêts prononcées contre le magistrat, sauf son recours contre ce dernier. Cette action récursoire est facultative, et l'Etat peut ne pas se servir de son droit discrétionnaire.

Cette organisation de la responsabilité des agents judiciaires n'est guère satisfaisante. « Elle demeure, remarque M. ROLLAND, pleine de difficultés, et les poursuites peuvent difficilement aboutir » (1).

Cette procédure ne protège pas seulement les juges, judiciaires ou administratifs, mais aussi un nombre considérable d'agents quasi-judiciaires. Ainsi, les membres du Ministère public, et même les officiers de police judiciaire, voire les auxiliaires, comme les gardes champêtres et les gardes particuliers (2), bénéficient de la même protection. Il en va de même pour les maires, lorsqu'ils exercent les fonctions d'officier de police judiciaire (3), ainsi que pour les officiers de gendarmerie (4).

La loi du 7 février 1933 a notamment modifié l'article 505 du Code sur deux points importants en notre matière.

L'article 505 prévoyait la prise à partie dans les cas où elle est expressément déclarée par la loi, dans ceux

(1) Op. cit., p. 331.

(2) Cass. civ. 25 juillet 1910, D.P. 1911.1.121.

(3) C.E. 11 juillet 1927, Rivelli, D.H. 1927, p. 452.

(4) Cass. 5 mars 1929, Jacquard, D.H. 1929, p. 187.

où il y a dol, fraude ou concussion commis soit dans le cours de l'instruction, soit lors des jugements, dans ceux où la loi déclare les juges responsables à peine de dommages-intérêts et enfin s'il y a déni de justice au sens où le précise l'article 505 du Code de Procédure civile.

A ces hypothèses où la prise à partie était déjà possible, la loi du 7 février 1933 en ajoute une autre : c'est celle de *faute lourde professionnelle* commise soit dans le cours de l'instruction, soit lors des jugements.

Cette faute lourde professionnelle, qui engage la responsabilité personnelle du magistrat, n'est pas définie par la loi. C'est aux tribunaux qu'il appartient de l'apprécier d'après les faits de la cause.

Toutefois, remarque M. HENRY dans sa remarquable note(1), « La faute commise doit être lourde, c'est-à-dire une faute particulièrement grave, qu'un magistrat normalement soucieux de ses fonctions n'aurait pas commise »

La loi de 1933 assure donc un élargissement de la responsabilité personnelle des magistrats vis-à-vis des particuliers.

La prise à partie a pour but de faire jouer la responsabilité civile des magistrats vis-à-vis des justiciables qui ont été lésés.

C'est sur ce dernier point que la loi du 7 février 1933 a apporté une innovation qui modifie les rapports juridiques nés d'une prise à partie.

Le nouvel article 505 précise, en effet, que l'Etat est civilement responsable des condamnations en dommages-intérêts prononcées à l'occasion d'une prise à partie. Il y a donc une substitution légale de la responsabilité de l'Etat à celle du magistrat.

(1) A. HENRY, note au D.H. 1935, Chr. p. 102 et s.

Sur ce point, nous retrouvons le droit commun de la responsabilité relatif au cumul de la faute personnelle et de la faute de service. La substitution, au lieu d'être d'origine légale, a un fondement jurisprudentiel : elle résulte du procédé de la garantie. Le patrimoine de l'Administration est appelé, dans l'hypothèse où le particulier lésé a poursuivi le fonctionnaire à raison de sa faute personnelle, à assurer au réclamant la réparation qui lui a été accordée et dans l'hypothèse d'une insolvabilité partielle ou totale de l'agent. Par des procédés différents, on arrive donc, sur ce point, à des résultats assez voisins.

Mais le nouvel article 505 indique encore qu'à raison de cette substitution de l'Etat au fonctionnaire, la puissance publique a une *action récursoire* contre le magistrat. Sur ce point, la responsabilité des magistrats s'éloigne du droit commun de la responsabilité en matière de cumul de faute personnelle et de faute de service.

Dans cette dernière hypothèse, la subrogation fonctionne de la manière suivante : l'Administration, dont la responsabilité a été mise en jeu à raison de la faute de service, se trouve subrogée aux droits qui pourraient résulter pour la victime d'une condamnation que celle-ci aurait obtenue à l'encontre de l'agent auteur de la faute personnelle. Si l'individu n'intente pas d'action contre le fonctionnaire, la subrogation est sans portée réelle puisque la puissance publique n'y trouve pas le pouvoir de poursuivre elle-même et directement son agent.

La solution qu'apporte l'article 505 sur ce point est différente. L'action récursoire dont bénéficie l'Etat est automatique en ce sens que la puissance publique en est maîtresse et l'exerce ou non à son gré.

On saisit là la caractéristique essentielle de l'organisation actuelle de la responsabilité des magistrats : à

la différence du droit commun, la mise en cause de la responsabilité personnelle du fonctionnaire n'y dépend pas des hasards de la procédure entreprise par le particulier qui a subi le dommage.

Il y a là une innovation qui renforce la responsabilité personnelle du fonctionnaire, qui tend à lui donner le caractère de sanction de la faute de l'agent et par là mérite d'être retenue.

Nous aurons en conclusion à envisager si la généralisation de l'action récursoire à tous les fonctionnaires n'apparaît pas comme une solution heureuse.

CHAPITRE III

SOLUTIONS EN L'ABSENCE DE TEXTES

Section I

LES FONCTIONNAIRES D'ÉTAT : LES SOLUTIONS TRADITIONNELLES ET LEUR ÉVOLUTION

§ 1. — Leurs principes

En dehors des cas où la responsabilité des agents administratifs est expressément prévue par des textes, la jurisprudence constante du Conseil d'Etat admet le principe de l'irresponsabilité pécuniaire absolue des fonctionnaires envers les personnes morales de droit public pour les dommages qu'ils ont causés dans l'exercice de leurs fonctions.

Un avis de la section des finances du Conseil d'Etat en date du 21 juillet 1885 offre à l'appui de ce système les arguments suivants : Les sanctions pécuniaires que peuvent comporter les responsabilités doivent trouver leur base dans les dispositions préexistantes du droit positif. Ces dispositions ne sauraient émaner que du législateur ; c'est, par suite, dans les textes législatifs qu'il convient de rechercher ceux qui pourraient s'ap-

pliquer à la responsabilité des fonctionnaires vis-à-vis des services publics à raison de l'exercice de leurs fonctions. Cette responsabilité ne saurait être régie par les règles du droit civil ; elle n'a fait l'objet d'aucune disposition générale du droit administratif ; aucun texte n'attribue aux ministres le droit de décider si la responsabilité des administrateurs à l'égard de l'Etat sera pécuniaire ou non et de les constituer débiteurs à titre de dommages-intérêts. Les dispositions qui confèrent aux ministres le droit de prendre des décisions constituant l'Etat créancier et exécutoires par voie de contrainte se rapportant uniquement à l'arrêté du solde créditeur résultant de la liquidation des droits respectifs de l'Etat et des agents ou contractants avec lesquels il se trouve préalablement en compte. Ces dispositions ne sauraient, par conséquent, s'appliquer à des créances résultant exclusivement de condamnations à des dommages-intérêts ni, à plus forte raison, constituer en faveur des ministres le droit de prononcer des condamnations de ce genre. Dès lors, le droit de l'Etat d'obtenir, à titre de dommages-intérêts, réparation pécuniaire du préjudice que peuvent lui causer les fautes commises par ces agents dans l'exercice de leurs fonctions, ne saurait s'exercer que dans les cas spéciaux et déterminés qui sont prévus et réglés par des dispositions législatives formelles.

Tel est le principe. La question de son application n'a lieu de se poser, dans le système actuel, qu'en matière de fautes personnelles, les fautes de service n'étant pas considérées comme engageant la responsabilité de leur auteur.

Par ailleurs, nous avons parlé, dans le chapitre sur les données du problème, de l'empiétement de la faute de service sur le domaine de la faute personnelle, celle-ci tendant de plus en plus à être absorbée par

celle-là. Sans revenir sur ce point, nous désirons souligner le fait que même dans une faute dite de service caractérisée, on peut souvent retrouver une faute personnelle. Il y a toujours la faute d'un ou de plusieurs agents à l'origine du fonctionnement défectueux du service.

Cependant, bien qu'il se soit agi le plus souvent de fautes caractérisées et parfois très graves, toutes les décisions rendues en cette matière, à l'occasion d'affaires très diverses concernant des fonctionnaires de toutes catégories, à l'exception des maires, pour lesquels il existe un régime différent que nous étudierons ultérieurement, ont unanimement déclaré ces derniers irresponsables vis-à-vis de l'Administration.

La première décision marquante rendue dans cette matière est une affaire Baron, du 10 juillet 1874. (1).

Il s'agit d'une double espèce. Dans la première, le sieur Baron, secrétaire général de la Préfecture du Nord, avait reçu des fonds publics à l'effet d'opérer l'achat de fournitures utiles à la défense nationale. Il paya ces fournitures sans s'être assuré qu'elles étaient de nature à remplir l'usage pour lequel elles étaient destinées, sans procéder à aucune vérification, et en négligeant de prendre les précautions qu'aurait dû lui recommander la plus élémentaire prudence. De plus, il donna l'ordre de recevoir ces marchandises après qu'elles eurent été vérifiées et reconnues de mauvaise qualité. La détention de deniers publics le constituant comptable, le sieur Baron se trouvait astreint, pour leur emploi, à suivre les prescriptions établies par les règlements sur la comptabilité publique ; il fut donc

(1) Rec. p. 648, D.P. 75.3.70.

jugé responsable pécuniairement envers l'Etat des dommages résultant de leur non-observation.

Dans la deuxième espèce, le sieur Baron s'étant borné à délivrer des mandats de paiement avant réception de la marchandise fournie, le décret du 31 mai 1862, relatif aux comptables, ne pouvait lui être appliqué, étant donné qu'il avait agi, non en qualité de comptable, mais d'ordonnateur. Dans ces conditions, sa responsabilité ne fut pas retenue.

Dans un arrêt du 6 juin 1879, Blanche (1), le débet mis à la charge d'un officier de mobiles, constitué par un reliquat de caisse non versé et par des frais d'abonnement perçus en trop, a été jugé régulier, ce fonctionnaire ayant la qualité de comptable.

Le 20 février 1885 (2), le Conseil d'Etat a décidé qu'un chef de service administratif de la Marine, le sieur Hubert, ne pouvant, en les circonstances de la cause, être considéré comme un comptable de fait, il n'appartenait pas à l'autorité administrative de le déclarer responsable des préjudices causés à l'Etat par les mesures qu'il avait prises en qualité d'*administrateur*.

Le 4 décembre 1891, dans une affaire Bastier (3), le Conseil d'Etat a décidé, conformément aux remarquables conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement JAGERSCHMIDT, que le Ministre des Finances ne pouvait saisir le cautionnement fourni par un commis principal des Contributions indirectes en se fondant sur le droit qu'aurait l'Etat d'obtenir la réparation pécuniaire du préjudice lui ayant été causé par la faute commise par cet agent, étant donné qu'il n'était

(1) Rec. p. 451.

(2) S. 86.3.56; D.P. 86.3.92.

(3) Rec. p 725; D.P. 93.3.46; S. 93.3.116.

pas allégué que ce dernier avait été constitué comptable de deniers publics ; et que, d'autre part, il n'appartient pas à l'autorité administrative, en l'absence de tout texte législatif, de prononcer sur la responsabilité pécuniaire des administrateurs.

De même, l'arrêt Broks a décidé, en date du 9 février 1894 (1), qu'un sous-directeur des contributions diverses ne saurait être reconnu pour responsable du montant de la somme représentant la valeur de timbres mobiles égarés, alors que l'envoi et la réexpédition de ceux-ci n'avaient pas eu lieu en exécution de lois et règlements attribuant la qualité de comptable public à ce sous-directeur, et que les circonstances de l'affaire ne permettaient pas de le considérer comme un comptable de fait.

Les arrêts Meulien, du 28 juin 1895 (2), Meyer, du 10 novembre 1899 (3), Gaugain, du 16 novembre 1906 (4) décident également que divers agents, ancien magasinier, officier d'administration, receveur principal des contributions indirectes, qui n'avaient pas agi en qualité de comptables détenteurs de deniers publics, ne pouvaient être mis en débet.

En revanche, un arrêt du 19 avril 1907, Gleize (5), retient la responsabilité pécuniaire d'un commissaire colonial, chef de service administratif des troupes coloniales, celui-ci devant être considéré, en raison de l'ensemble de la législation applicable, comme participant au maniement des deniers publics.

(1) Rec. p. 109 et concl. ROMIEU, D.P. 95.3.25; S. 96.3.10.

(2) Rec. p. 540; D.P. 96.3.62, S. 97.3.114.

(3) Rec. p. 621.

(4) Rec. p. 811, D.P. 1908.3.44.

(5) Rec. p. 333 et conclusions ROMIEU, D.P. 1908.3.97; S. 1909.3.102.

L'arrêt Renard, du 16 décembre 1910 (1), maintient la solution traditionnelle d'irresponsabilité. Il en est de même de l'arrêt Lagarde, du 24 novembre 1916 (2).

Divers arrêts, en date des 27 mars 1914 (Demoiselle Devol), 8 août 1919 (Dame Vve Boucher), 30 janvier 1920 (Athénoux), 8 juillet 1921 (Descouts), 4 juin 1924 (Teisseire), 29 juillet 1927 (Thébault), retiennent au contraire la responsabilité pécuniaire de receveurs des P.T.T., à raison de déficits de caisse, ces agents ayant indubitablement la qualité de comptables.

Un arrêt Morin, du 29 octobre 1926 (3), relève de nouveau que la responsabilité d'un fonctionnaire autre qu'un comptable public ne peut être engagée envers l'Etat à raison des fautes par lui commises à l'occasion de ses fonctions, à moins d'une disposition législative spéciale qui autorise le ministre compétent à le déclarer débiteur.

Cette décision reproduit les termes mêmes d'un arrêt un peu antérieur, l'arrêt Poursines, du 28 mars 1924 (4). Cette affaire ayant suscité d'importantes discussions, nous l'étudierons plus longuement.

L'arrêt Poursines

Le problème de la responsabilité pécuniaire des agents publics se posait dans cette affaire, ainsi que le remarque M JÈZE (5), dans des circonstances favorables à un revirement de jurisprudence.

(1) Rec. p. 962, D.P. 1912.3.142, S. 1913.3.68.

(2) Rec. p. 484, S. 1923.3.10.

(3) Rec. p. 912.

(4) Rec. p. 354, D.P. 1924.3.49, note APPLETON; S. 1926.3.17, note HAURIOU.

(5) R.D.P. 1924, p. 601 et s. (Sous C.E. 28 mars 1924, Poursines).

Au début de la guerre de 1914, dans un village de la Marne, un facteur auxiliaire des postes, M. de Boxtel, étant soupçonné d'espionnage par ses concitoyens, fut arrêté. Le sieur Poursines, officier d'intendance, l'interrogea, et, n'étant pas satisfait de ses réponses, le fit passer par les armes sans jugement, et sans avoir pris les précautions nécessaires pour s'assurer de la culpabilité de la victime. Celle-ci laissait sa veuve et quatre enfants, dont trois fils engagés volontaires. La famille ayant porté plainte, le sieur Poursines fut traduit devant le Conseil de Guerre sous l'inculpation de complicité de meurtre, mais il fut acquitté. Une mesure disciplinaire le révoquait, d'ailleurs, ultérieurement, de son grade.

Les héritiers de Boxtel adressèrent au ministre de la Guerre une demande d'indemnité à raison de cette exécution injuste. Après examen, le ministre leur accorda une indemnité de 40.000 francs et mis M. Poursines en demeure de verser cette somme au Trésor.

Le sieur Poursines ayant adressé un recours au Conseil d'Etat, ce dernier annula la décision ministérielle et l'ordre de versement, avec les considérants suivants :

« Considérant que la responsabilité pécuniaire d'un fonctionnaire autre qu'un comptable public ne saurait être engagée envers l'Etat à raison des fautes par lui commises à l'occasion de ses fonctions, à moins d'une disposition législative spéciale qui autorise le ministre compétent à le déclarer débiteur ; — Considérant qu'en l'absence de toute disposition de cette nature, c'est à tort que l'Administration de la Guerre a mis à la charge du sieur Poursines, par la décision et l'ordre de reversement attaqués, une somme de 40.000 francs à titre de réparation du préjudice qu'il aurait causé à l'Etat, en engageant par son fait, jusqu'à concurrence

d'une somme égale, la responsabilité du service public vis-à-vis des héritiers du sieur de Boxtel... annule... »

Des critiques sévères ont été faites par la doctrine à la jurisprudence de l'arrêt Poursines.

Ces critiques portent spécialement sur la trop grande généralité de la formule employée par le Conseil d'Etat : « Considérant que la responsabilité pécuniaire d'un fonctionnaire autre qu'un comptable ne saurait être engagée envers l'Etat à raison de fautes par lui commises à l'occasion de ses fonctions, à moins d'une disposition législative spéciale qui autorise le ministre compétent à le déclarer débiteur ; ... » Cette généralité même semble marquer un retour en arrière de la jurisprudence. La décision porte en effet non seulement sur la procédure, mais aussi sur le fond même de l'affaire, ainsi que le remarque M. HAURIOU dans sa note au Sirey (1).

Le Conseil d'Etat aurait pu vouloir dire : « Le ministre a eu tort de procéder par décision exécutoire pour déclarer débiteur le fonctionnaire ; ce n'était pas le cas d'employer cette procédure ».

Cela aurait laissé en suspens la question de savoir si le ministre alors n'aurait pas pu tenter devant les tribunaux civils une action récursoire. Mais les termes de l'arrêt ne se prêtent point à cette interprétation. Ce n'est point la procédure employée, c'est le principe même de l'action récursoire qui est condamné.

C'est la responsabilité pécuniaire du fonctionnaire qui n'est pas engagée et que l'Administration a eu tort de croire engagée.

Les termes de la décision admettent que le fonctionnaire n'est pas responsable à l'égard de la personne morale administrative, dans tous les cas où il n'y a pas

(1) S. 1926.3.17.

de dispositions législatives, c'est-à-dire en dehors de cas spécialement indiqués par les lois visant la responsabilité pécuniaire des comptables, commissaires de guerre, intendants, etc.

Or, dans plusieurs arrêts antérieurs à l'affaire Poursines, le Conseil d'Etat avait admis la possibilité d'un cumul des responsabilités de la personne morale et de son agent. Elle avait accordé à l'Administration des moyens d'action sur le fonctionnaire, en utilisant tantôt le procédé de la garantie (arrêt Babouet), tantôt celui de la subrogation (Lemonnier).

Par ailleurs, le ministre de la Guerre, en acceptant de verser amiablement l'indemnité réclamée, a commis une erreur. En effet, s'il avait refusé, deux éventualités auraient pu se produire.

La victime aurait actionné M. Poursines devant les tribunaux judiciaires pour sa faute personnelle en vertu de l'article 1382. Elle aurait pu le faire malgré l'acquiescement du Conseil militaire, car ses décisions ne sont pas motivées et elles n'ont pas force de chose jugée. Et l'Etat n'aurait été condamné qu'à garantir la solvabilité de son fonctionnaire.

Ou bien la victime aurait pu actionner l'Etat devant la juridiction administrative pour lui demander une indemnité à raison de sa faute de service. Le Conseil d'Etat aurait condamné l'Etat ou bien à garantir le recouvrement de ladite indemnité ou à verser directement l'indemnité au demandeur ; en ce cas, l'Etat aurait été subrogé dans les droits du demandeur, ce qui lui aurait permis de se faire rembourser par M. Poursines de cette somme.

Même en agissant ainsi, le ministre de la Guerre n'est pas tout à fait dépourvu de tout moyen d'action contre l'auteur du dommage. En effet, il peut invoquer l'article 1251 3° du Code civil qui accorde la subroga-

tion légale à celui qui, étant tenu avec d'autres au paiement de la dette, avait intérêt à l'acquitter. Dans notre hypothèse, l'Etat a payé amiablement l'indemnité à laquelle il était tenu avec l'agent coupable. En vain objectera-t-on que les deux actions ont une origine distincte : celle exercée contre l'agent étant basée sur l'article 1382 et celle dirigée contre l'Etat fondée sur la théorie de la faute de service et du risque social : la jurisprudence civile ne subordonne nullement le fonctionnement de la subrogation de l'article 1251 à l'indemnité de sources de deux obligations. En ce cas, l'Etat doit exercer son action devant les tribunaux judiciaires, car le subrogé ne peut avoir plus de droit que le subrogeant, or les héritiers n'auraient pu actionner l'auteur du dommage pour sa faute personnelle que devant le tribunal civil.

Malheureusement, ce palliatif est strictement limité aux hypothèses où un agent public cause des dommages à des tiers, mais si le fonctionnaire cause par sa négligence ou sa mauvaise volonté un préjudice à l'Etat, celui-ci est dépourvu de tout moyen pour se faire dédommager du préjudice subi. « Il est assez étrange », remarque M. APPLETON, « de constater que dans l'espèce actuelle la jurisprudence du Conseil d'Etat, en refusant à l'Administration une action en indemnité contre le fonctionnaire qui lui a causé une perte par sa faute, a pour effet de rendre la situation de l'Etat plus mauvaise lorsqu'il paye volontairement sa dette que lorsqu'il oblige les victimes à plaider contre lui et à le faire condamner ». Cette solution est évidemment illogique.

Les arrêts, nous l'avons remarqué plus haut, ne donnent pas d'arguments à l'appui de la thèse de l'irresponsabilité. Ils se contentent de l'affirmer comme un

principe absolu, incontestable, immuable. Pourtant, il ne saurait y avoir d'immuabilité en Droit. La législation doit être le reflet de la vie et se transformer à mesure que les données sociales se modifient. Ceci qui est vrai du droit privé, l'est à plus forte raison du droit public. Les conceptions qui président à la marche des services publics doivent tenir compte des changements qui s'opèrent incessamment dans la vie de la collectivité.

Dans les arrêts subséquents, la haute juridiction administrative a apporté des modifications à cette jurisprudence. C'est ainsi que dans une affaire Rivoal, le Conseil d'Etat a condamné l'Administration à verser une indemnité pour le préjudice subi par une jeune fille internée dans un asile d'aliénés devenue enceinte du fait d'un ouvrier auxiliaire de l'établissement, mais il subordonne le paiement à la subrogation du département condamné aux droits résultant pour les requérantes des condamnations prononcées à leur profit contre l'agent coupable.

La même clause de subrogation est stipulée dans l'arrêt Clamens, du 19 mai 1936.

Une évolution se dessine donc dans la jurisprudence administrative. « Ainsi, le Conseil d'Etat évite de renverser la jurisprudence antérieure, de déclarer que le fonctionnaire engage directement sa responsabilité envers l'Administration, mais permet à celle-ci de former contre le fonctionnaire une action en responsabilité, non de son chef, mais du chef de tiers lésés » (1).

Cette évolution semble se poursuivre dans des arrêts concernant la responsabilité des maires. Certains auteurs ont voulu y voir le renversement de la règle traditionnelle de l'irresponsabilité civile des fonctionnaires envers

(1) WALINE: *Manuel élémentaire de Droit administratif*, p. 396.

l'Administration (1). Peut-être cette jurisprudence n'est-elle pas encore assez établie pour que l'on puisse en tirer des conclusions aussi absolues. Il reste cependant qu'en principe du moins, l'Administration n'est pas désarmée en face du fonctionnaire contre lequel les tribunaux judiciaires ont reconnu l'existence d'une faute personnelle.

La subrogation, en effet, tend à faire condamner celui-ci au bénéfice, en définitive, de la puissance publique.

Mais comment joue cette procédure, dans quelles conditions est-elle admise par la jurisprudence ? C'est ce que nous devons examiner dans le paragraphe qui va suivre. On verra qu'elle reste incomplète et partant souvent inefficace.

§ 2. — L'aménagement des principes : la subrogation

Il n'existe pas une procédure générale qui permette de mettre en œuvre d'une manière uniforme la responsabilité civile des fonctionnaires.

Des textes spéciaux existent qui ont été étudiés et qui concernent, par exemple, les comptables et les ministres. A chacun de ces textes est attachée une procédure plus ou moins particulière qui permet d'en assurer l'effectivité, du moins généralement.

Ce sont les hypothèses où il y a une responsabilité directe et immédiate en quelque sorte du fonctionnaire vis-à-vis de l'Administration.

Mais il peut arriver qu'existe une responsabilité indirecte et médiate de l'agent vis-à-vis de la personne morale dont il dépend. Cela s'explique d'une part par la

(1) WALINE, loc. cit.

distinction de la faute personnelle et de la faute de service et, d'autre part, par la nécessité de n'assurer au particulier que la stricte réparation du préjudice subi.

La distinction de la faute personnelle et de la faute de service est actuellement dominée par la possibilité du cumul des deux fautes, c'est-à-dire qu'alors qu'il y aura une faute personnelle de l'agent engageant sa responsabilité, celle de l'Administration pourra aussi être retenue. Le particulier lésé aura alors son indemnisation garantie par le patrimoine de l'agent et par celui de l'Administration. Or, s'il convient de réparer le préjudice causé, il est non moins nécessaire de ne pas le réparer deux fois. Il faut donc que l'existence de deux patrimoines ne permette pas une double réparation.

Le particulier se trouve avoir le choix en ce sens que c'est à lui de décider qui il mettra en cause en premier lieu.

S'il fait jouer la faute personnelle et demande la réparation à l'agent, l'Administration verra sa responsabilité restreinte dans la mesure même où l'agent aura dû verser une indemnité qui, en général, ne réparera que partiellement le préjudice. Cette hypothèse ne nous intéresse point directement en ce sens que responsabilité de l'agent et de l'Administration sont juxtaposées et jouent toutes deux au bénéfice du particulier. Il suffira d'indiquer qu'ici la responsabilité de l'Administration n'est que subsidiaire et ne faire que « garantir », suivant l'expression consacrée, le particulier (1).

Mais la situation est toute différente si le particulier fait jouer tout d'abord la responsabilité de l'Administration fondée sur l'existence d'une faute de service. Il

(1) Arrêt Babouet. Voir sur ce point DIVANACH: *La responsabilité civile des fonctionnaires en Droit français*, p. 308.

convient, dans cette hypothèse aussi, de ne pas permettre un enrichissement injuste et par cela de s'assurer que le règlement ne pourra pas, par une seconde action portée celle-ci devant les tribunaux judiciaires, faire jouer la faute personnelle de l'agent et obtenir une indemnité sur le patrimoine de celui-ci.

Ce résultat sera obtenu par la procédure dite de la subrogation. Le principe de celle-ci est posé, sinon pour la première fois, du moins en termes particulièrement explicites, dans le célèbre arrêt Lemonnier. Ce dernier condamne la personne morale, en l'espèce une commune, à payer aux réclamants la somme de 12.000 francs, « sous réserve toutefois, dit le texte, que le paiement en soit subordonné à la subrogation de la commune par les époux Lemonnier jusqu'à concurrence de la dite somme, aux droits qui résulteraient pour eux des condamnations qui auraient été ou qui seraient définitivement prononcées à leur profit contre le maire personnellement, à raison du même accident, par l'autorité judiciaire » (1).

Il y a là une jurisprudence traditionnelle et qui a été constamment maintenue (2).

Nous nous trouvons ici, à l'inverse de l'hypothèse précédente, devant l'éventualité d'une responsabilité indirecte de l'agent, du fonctionnaire vis-à-vis de son administration.

Supposons, en effet, que le particulier poursuive le fonctionnaire à raison de sa faute personnelle et obtienne contre lui une condamnation à des dommages-intérêts. L'indemnité, du moins jusqu'à concurrence de celle à laquelle a été condamnée l'Administration, sera versée non au particulier, mais à la personne morale

(1) Arrêt Lemonnier, 26 juillet 1918.

(2) Voir par exemple arrêt Rapin, 9 novembre 1928.

administrative. C'est le résultat même de la subrogation.

Il y aura donc bien eu responsabilité de l'agent vis-à-vis de la puissance publique. Il est non moins exact de dire que cette responsabilité est indirecte. En effet, son origine, c'est-à-dire en définitive son fondement, est dans la responsabilité civile du fonctionnaire vis-à-vis du particulier. Dans la mesure où par le jeu de la subrogation il y a responsabilité vis-à-vis de l'Administration, cette responsabilité n'est que médiate ; elle n'est que l'écho de celle qui liait l'agent vis-à-vis du particulier et à la reconnaissance de laquelle son existence même est subordonnée. Elle n'est donc bien qu'indirecte.

Quelle est la portée ou, plus exactement, l'efficacité de cette responsabilité ? La procédure de la subrogation donne-t-elle des résultats heureux ?

Si l'on veut bien abandonner le raisonnement abstrait pour analyser les faits, on doit constater que cette responsabilité indirecte n'est qu'illusoire.

Le particulier recherche la réparation du préjudice qu'il a subi. Supposons qu'il ait mis en cause, tout d'abord, l'agent personnellement. Si ce dernier est insolvable, plus ou moins complètement, le particulier intentera bien une seconde action basée sur la faute de service pour obtenir de l'Administration la réparation qui lui est dûe ou la partie de l'indemnité qui lui reste encore à percevoir. Supposons maintenant que l'individu lésé ait d'abord fait jouer la faute de service. Il obtiendra une réparation intégrale de la part de l'Administration qui, par hypothèse et par définition en quelque sorte, ne peut pas être conçue comme insolvable. Dès lors, le particulier n'aura pas le souci de poursuivre le fonctionnaire pour la faute personnelle reconnue à l'encontre de ce dernier : le seul bénéficiaire de cette seconde action serait l'Administration qui a été subrogée

et des intérêts de laquelle les particuliers n'ont généralement pas cure.

Le résultat auquel on est ainsi conduit est paradoxal ou à tout le moins illogique.

En effet, la menace de la mise en jeu de leur responsabilité pèse sur les fonctionnaires comme une sorte de mesure disciplinaire éventuelle. Au même titre que le pouvoir disciplinaire, la responsabilité est un facteur de bonne organisation du service. Or, on l'a vu, c'est le particulier qui en définitive se trouve maître de déclencher l'action en responsabilité contre le fonctionnaire. C'est lui, et non l'Administration, qui, se basant sur l'existence d'une faute personnelle, pourra obtenir une condamnation de l'agent à des dommages et intérêts. Si la personne lésée n'agit point, la puissance publique reste dans l'impossibilité de faire sanctionner la responsabilité civile de l'agent.

Un facteur important du bon fonctionnement des services publics se trouve ainsi arraché à l'Administration pour être remis à la direction plus ou moins clairvoyante des particuliers.

Il y a d'ailleurs plus grave, en ce sens que cette procédure tendra à jouer de manière à assurer l'impunité ou l'irresponsabilité de fait de l'agent. Le particulier, en effet, recherche essentiellement et, en général, uniquement la réparation du dommage qu'il a subi. Il est évident que c'est auprès de l'Administration que se trouvent, sur ce point, les meilleures chances. Il n'y a aucune commune mesure entre les deux patrimoines mis en cause et les risques d'insolvabilité à courir. En principe donc, la responsabilité fondée sur la faute de service sera préférée à celle qu'implique la coexistence d'une faute personnelle. En fait, par conséquent, la subrogation qui intervient au bénéfice de l'Administration ne donnera, du moins en général, aucun résultat

effectif. Pour qu'il en soit autrement, il faudrait que la puissance publique intentât systématiquement l'action née de la faute personnelle.

Nous nous trouvons ici devant une des plus graves lacunes de la responsabilité civile des fonctionnaires envers les personnes morales de droit public. Sa mise en jeu, sa réalité sont à la merci d'un hasard de procédure. Sur ce point, plus que sur tout autre, les solutions du droit positif sont insuffisantes et leur amélioration, ainsi qu'on le verra en conclusion, d'autant plus souhaitable qu'elle apparaît facile.

Section II

LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES MAIRES

On sait qu'aucun texte ne prévoit la responsabilité des maires envers l'Administration, pas plus que pour les autres fonctionnaires. Néanmoins, la Jurisprudence apprécie la responsabilité des fonctionnaires municipaux d'une façon différente. Au cours de cette section, nous essaierons de montrer, en étudiant quelques arrêts, quel est à l'heure actuelle l'état de cette jurisprudence. Elle présente un intérêt tout particulier pour notre thèse, car il s'agit ici, sinon d'un système organisé, construit par les tribunaux administratifs, du moins de tendances nettes ayant pour effet de faire peser sur les maires une responsabilité plus lourde que sur les autres agents administratifs. Il y a donc ici une certaine dérogation au principe dégagé dans les solutions traditionnelles que nous venons de rappeler, ce qui offre une importance d'autant plus grande, au point de vue qui nous occupe, que le plus récent des arrêts que nous examinerons, l'arrêt Magnon, est susceptible d'exercer une certaine influence sur le problème de la responsabilité des fonctionnaires en général.

Avant de passer à l'étude de cette jurisprudence, nous dirons quelques mots de la condition du maire, de ses fonctions, et de la responsabilité qu'il peut encourir au cours de ses diverses activités.

Au moyen âge, on désignait sous le nom de « Major » le magistrat qui dirigeait la Cité. Au ^{xiii}^e siècle, la monarchie intervient dans leur nomination. Sous

Louis XIII, les fonctions de maire sont transformées en office. La loi du 14 décembre 1789 fait du maire un agent public élu. Enfin, une loi du 16 novembre 1940 est venu modifier le mode de recrutement des maires et de leurs adjoints en substituant à l'élection la nomination par le Ministre de l'Intérieur, dans les communes de plus de 10.000 habitants et par le Préfet dans les communes de 2.001 à 10.000 habitants.

Toutefois, pour les communes de 2.000 habitants et au-dessous, les dispositions de la loi du 5 avril 1884 demeurent en vigueur, c'est-à-dire que le maire et le conseil municipal continuent à être élus par les électeurs de la commune, et les adjoints à être élus par le conseil municipal.

A n'importe quelle époque que l'on se place, le maire, premier fonctionnaire de la commune, à cause des nombreuses et importantes fonctions qu'il exerce au nom de la collectivité qu'il représente, engage sa responsabilité.

Sous l'ancien régime, la responsabilité pénale des maires pouvait être mise en jeu devant les juridictions administratives (Cour des Aides, Chambre des Comptes), mais leur responsabilité civile restait soumise au droit commun; ils pouvaient donc être librement poursuivis par les particuliers.

Mais, ainsi que nous l'avons vu pour les autres fonctionnaires, la pratique des évocations rendit illusoire cette possibilité de poursuites et entraîna des abus; aussi l'Assemblée Constituante formula-t-elle expressément cette liberté de poursuites : « Tout citoyen actif pourra signer et présenter contre les officiers municipaux la dénonciation des délits d'Administration dont ils se seraient rendus coupables » (Loi du 14 décembre 1789). Cette liberté reste néanmoins soumise à la garantie administrative. Ce régime demeura en vigueur, nous l'avons indiqué, jusqu'au décret de 1870.

Sous l'empire de ce système, les maires ne pouvaient donc être poursuivis sans l'autorisation du Conseil d'Etat, même lorsqu'ils avaient agi comme représentants de la commune, mais la poursuite demeurait libre contre eux lorsqu'ils avaient agi en tant qu'officiers de police judiciaire ou officiers de l'état civil.

Nous ne reviendrons pas ici sur l'évolution des principes applicables à la responsabilité des fonctionnaires en général. Ils concernent les maires comme les autres agents administratifs. Nous aurons à étudier ultérieurement la façon dont la jurisprudence leur en fait l'application. Mais avant d'aborder ce sujet, nous rappellerons brièvement les diverses attributions du maire, lesquelles sont de nature diverses et susceptibles d'engendrer des responsabilités d'ordres différents.

Le maire, agent élu, est appelé à remplir trois sortes de fonctions : outre ses fonctions administratives proprement dites, il est officier de l'état civil et officier de police judiciaire.

En qualité d'officier de l'état civil, le maire est chargé de recevoir et de conserver les actes de naissance, de mariage et de décès. Sa responsabilité n'est prévue de façon expresse, par les articles 51 et 52 du Code civil, que pour les altérations, les faux, l'inscription des actes de l'état civil en dehors des registres. Mais la jurisprudence considère le maire comme responsable de toutes les irrégularités commises en ce domaine (1). Sa responsabilité est appréciée sévèrement, et il peut avoir à supporter de très lourdes charges et déchéances.

Le maire est aussi officier de police judiciaire (art. 9 du Code d'Instruction Criminelle) et a la qualité d'auxiliaire du Procureur de la République. Dans l'exercice

(1) Pau, 16 mai 1852, D. 54.5.13, S. 53.2.491; Limoges, 15 mai 1889, D. 90.2.307. Req. 15 juin 1909, D. 1911.1.113.

de ces fonctions, il peut encourir une responsabilité pénale et aussi une responsabilité civile.

La responsabilité pénale du maire peut être mise en jeu pour des infractions spéciales : attentats à la liberté (art. 114, 121, 122). En ce domaine, une intention mauvaise doit être démontrée pour entraîner une responsabilité, et l'ordre hiérarchique constitue un fait justificatif (art. 114). La responsabilité du maire est encore prévue pour violation de domicile (art. 184 C. pén.), et pour violences envers les personnes.

En ce qui concerne la responsabilité civile du maire à raison de ses fonctions d'officier de police judiciaire, on peut se demander s'il faut l'assimiler aux magistrats en ce qui concerne l'utilisation, à leur égard, de la procédure spéciale de la prise à partie. Un jugement de Toulon, en date du 21 janvier 1874 (1), s'élève contre cette utilisation. Mais, à l'appui de la théorie inverse, on a voulu tirer argument des termes de l'art. 358, al. 4, C. Inst. Crim., qui, pour des cas spéciaux, il est vrai, déclare que « les membres de l'autorité constituée ne peuvent être ainsi poursuivis... sauf contre eux la demande en prise à partie » (2).

Il est à noter que la responsabilité extrêmement lourde qui pèse sur les maires est sensiblement atténuée dans la pratique. En ce qui concerne, tout d'abord, les sanctions pénales, il est évidemment difficile de prouver l'intention mauvaise du maire. D'autre part, la mise en jeu de cette responsabilité dépend du procureur général qui, seul, peut accorder le droit de poursuites, la partie lésée étant privée du droit de citation directe.

En ce qui concerne la procédure de la prise à partie,

(1) D. 1876.III.63.

(2) Cf. G. DE ROSEMOND: *La responsabilité des maires*. Thèse Paris, 1912, pp. 62-63.

le plaignant rencontre de telles difficultés que ce système a soulevé des critiques. Ainsi, un projet de loi Clémenceau, du 16 décembre 1904, prévoyait la responsabilité des officiers judiciaires pour toute faute commise dans l'exercice de leurs fonctions.

A l'égard de la commune, le maire est responsable en principe des dépenses qu'il a effectuées sans l'approbation du Conseil municipal, ainsi que des dommages causés au patrimoine communal par sa négligence (1). Toutefois, la jurisprudence tient compte, dans l'appréciation de la responsabilité du maire, de l'utilité que ces travaux présentent pour la commune.

En cette matière, deux arrêts récents présentent un intérêt tout particulier.

§ 1. — Arrêt de Kervéguen

Des travaux de réparation de l'église d'une commune apparaissant nécessaires, le Conseil municipal fit examiner les bâtiments par un architecte, et vota un crédit en prévision des dépenses à effectuer. L'architecte ayant averti le maire de l'urgence qu'il y avait à faire exécuter les travaux, celui-ci les lui fit entreprendre, sans que le conseil municipal ait été appelé à délibérer. Attaqué devant le conseil municipal, le maire démissionna et la commune refusa de payer le montant des travaux, ceux-ci ayant été ordonnés de façon irrégulière. L'entrepreneur actionna alors la commune devant le Conseil de Préfecture qui, d'une part estima que les travaux étaient utiles et la condamna à les payer et, d'autre part, jugea que l'ancien maire, mis en cause par la commune, devait garantir celle-ci d'une partie du montant de la condam-

(1) D. 1875.V.90.

nation. L'ancien maire adressa alors un recours au Conseil d'Etat, en affirmant qu'en tant qu'administrateur il ne pouvait être considéré comme responsable à l'égard de la commune.

L'arrêt, dans la mesure où il est relatif à la responsabilité, est ainsi conçu : « Considérant qu'il résulte de l'instruction que, dans ses rapports avec le sieur Croizé, le sieur de Kervéguen n'a agi que comme maire et représentant de la commune de Coupvray et dans l'intérêt de cette dernière ; que, dans ces circonstances, sa responsabilité ne saurait être engagée ; qu'il est, par suite, fondé à demander l'annulation des dispositions de l'arrêté attaqué qui l'a condamné à garantir la commune de Coupvray jusqu'à concurrence de 1.500 francs, de la condamnation prononcée au profit du sieur Croizé... l'arrêté du Conseil de Préfecture... est annulé ».

Plusieurs arrêts avaient, antérieurement, condamné des maires ayant ordonné des travaux de façon irrégulière à en rembourser à la commune le montant (1) ou à les payer directement à l'entrepreneur (2).

Le maire, simple administrateur, était donc traité plus sévèrement que les autres fonctionnaires, pour qui l'irresponsabilité est de principe en dehors de dispositions législatives spéciales. En faisant l'application de ce principe aux maires, le présent arrêt leur accorde donc le même traitement qu'aux autres fonctionnaires. Il est vrai qu'un arrêt ancien avait déjà décidé en ce sens (3). Mais l'arrêt Kervéguen présente un plus grand intérêt en ce qui concerne le point qui nous occupe spécialement, étant donné que dans l'affaire Guénébaut précitée, l'action avait été intentée contre le maire par l'entrepreneur,

(1) C.E. 21 novembre 1879, Pastré, D.P. 81.3.77.

(2) C.E. 8 décembre 1882, Pey, D.P. 84.3.46.

(3) C.E. 3 juin 1892, Guénébaut, D.P. 93.3.85).

alors que c'est ici la commune qui est la partie plaignante. Ce sont donc des rapports directs entre la personne morale de droit public et le fonctionnaire qui sont en jeu.

Deux arguments ressortent du présent arrêt pour justifier l'irresponsabilité pécuniaire du maire : celui-ci n'a agi que comme maire et représentant de la commune, et il n'a agi que dans l'intérêt de cette dernière.

On peut mettre l'accent sur l'un ou sur l'autre de ces deux éléments. Le commentateur de l'arrêt au Dalloz (1), dans la note signée P.L.J., se demande ainsi si l'arrêt, en relevant que l'ancien maire a agi dans l'intérêt de la commune, a entendu se baser sur l'utilité que les travaux exécutés présentaient pour celle-ci. Il remarque que si ces travaux avaient été reconnus inutiles, la commune n'aurait pas eu à en payer le montant à l'entrepreneur, et n'aurait donc pas eu d'action en garantie contre le maire. Au contraire, en cas d'exécution de travaux utiles, même ordonnés irrégulièrement, le maire eût été considéré comme comptable de fait et, comme tel, aurait eu droit au remboursement des dépenses ayant profité à la collectivité (3). Et le commentateur conclut en disant : « La constatation que l'ancien maire avait en vue l'intérêt communal n'a donc à mes yeux d'autre portée que de souligner qu'il avait agi *en qualité de maire* ».

C'est au contraire le caractère d'intérêt d'utilité présenté par la commune, présentée par les travaux effectués, que souligne l'arrêt du commentateur de l'arrêt du Sirey (2), ainsi que la plupart des auteurs. Il semble

(1) D. 1931.3.14.

(2) S. 1932.3.16.

(3) Cf. Cons. d'Etat, 26 juillet 1916, commune de Gand, Rec. p. 322; 17 juin 1921, Jacquemet, Rec. p. 594.

bien qu'il faille donner en effet une grande portée à ces mots, si on les examine à la lumière d'un arrêt plus récent, l'arrêt Magnon, qui adopte une solution contraire, touchant la responsabilité d'un maire, en se basant sur le défaut d'intérêt communal.

L'importance du caractère d'utilité des dépenses engagées a, d'autre part, été soulignée par M. RIVERO (1), à telles enseignes qu'il indique le rapprochement qu'on pourrait être aisément tenté d'établir entre le rôle du maire et celui du gérant d'affaires. On sait que ce dernier a droit au remboursement des dépenses utiles qu'il a faites dans l'intérêt de la gestion. Toutefois, ainsi que l'auteur le remarque lui-même, cette interprétation ne suffit pas à rendre compte des faits, puisque le Conseil d'Etat fait intervenir essentiellement en matière de responsabilité, la notion d'intention, de faute, étrangère à la gestion d'affaires.

Le principal intérêt que présente l'arrêt de Kervéguen réside en l'assimilation du maire aux autres agents de l'Etat en ce qui concerne sa responsabilité. Les conclusions du Commissaire du Gouvernement, M. JOSSE, avaient insisté sur la nécessité de réaliser une unification en matière de responsabilité des agents administratifs. Le Conseil d'Etat a-t-il entendu revenir sur cette unification ?

La question s'est posée à propos d'un arrêt ultérieur, l'arrêt Magnon, précité.

§ 2. — Arrêt Magnon

En 1928, le sieur Magnon, maire de la commune de Chauvigny, avait fait procéder à l'exhaussement de la

(1) RIVERO, le maire exécuter des délibérations du Conseil municipal; in Rev. critique de lég. et de jur., 1937, p. 535 et ss.

partie d'une voie publique passant devant sa propriété, en négligeant de demander auparavant, comme la loi de 1884 l'y obligeait, l'autorisation du Conseil municipal. Ces travaux ne présentaient aucune utilité pour la commune et n'étaient avantageux que pour lui. En 1930, lors du changement de la municipalité, le nouveau maire décida de faire remettre la route à son niveau primitif. Le sieur Magnon, mécontent de cette mesure qui le privait du bénéfice acquis pendant son mandat, assigna la commune devant le Conseil de Préfecture et lui réclama une indemnité pour le préjudice subi. La commune demanda reconventionnellement à son ancien maire de l'indemniser des dépenses engagées pour un travail ne présentant aucun intérêt pour elle. C'est cette demande que nous allons étudier.

Une question de compétence devait être préalablement résolue. Le Conseil de Préfecture avait été saisi. La juridiction administrative était-elle compétente ?

Pour le Conseil d'Etat, deux arguments pouvaient motiver la compétence administrative. D'une part, la contestation était née à l'occasion d'un marché de travaux publics et dans ce cas l'article 4 de la loi du 28 Pluviose An VIII donne compétence à la juridiction administrative. D'autre part, le sieur Magnon avait commis la faute qui lui était reprochée dans l'exercice de ses fonctions.

Cette dernière circonstance constituera le critérium essentiel sur lequel il faudra se baser pour les attributions de compétence relatives aux litiges intervenant entre la personne morale de droit public et son agent.

On aurait pu songer à appliquer les règles bien connues qui gouvernent la responsabilité des fonctionnaires pour des dommages causés à des tiers. Dans ce cas, on distingue suivant que le préjudice a été causé par une faute personnelle ou par une faute de service.

Dans le premier cas, les tribunaux judiciaires sont reconnus compétents. Dans le second, ce sont les tribunaux administratifs. C'est donc la nature de la faute qui détermine la juridiction. Nous avons déjà signalé que cette distinction permet également de savoir quel patrimoine est appelé à supporter la réparation du dommage subi par le tiers lésé, le fonctionnaire devant répondre pécuniairement de sa faute personnelle, tandis qu'en cas de faute de service c'est à l'Administration que cette charge incombe. Lorsqu'une faute de service coexiste avec une faute personnelle, à l'occasion des mêmes faits, la responsabilité de la collectivité et celle de l'agent public sont appréciées séparément par les deux ordres de juridiction administrative et judiciaire.

Un arrêt de la Cour de Paris, du 17 mars 1932, semblait décider que ces mêmes principes sont applicables, dans les rapports entre l'agent et la collectivité. Il s'agissait, en effet, d'une action à fin d'indemnité intentée par une commune contre son ancien maire qui avait commis une faute en concluant une convention désavantageuse pour elle. Cet arrêt déclare : « Que si les tribunaux judiciaires sont compétents pour statuer sur les difficultés que peuvent soulever l'interprétation, l'exécution ou l'annulation des conventions de droit civil intervenues entre les particuliers et un maire, agissant au nom de la commune, il n'en est pas ainsi nécessairement quand le maire est l'objet de la part de la commune d'une action en dommages-intérêts fondée sur des fautes qu'il aurait commises, soit en concluant une de ces conventions, soit à propos de son exécution ou de son annulation, qu'en pareille hypothèse, il convient de rechercher si les fautes alléguées contre le maire sont des fautes de service ou si, au contraire, elles se présentent comme des fautes personnelles ne

rentrant pas dans l'exercice de ses fonctions ». En l'espèce, la Cour a repoussé la demande de la commune, la faute du maire n'ayant pas été reconnue comme faute personnelle.

Lorsque, en vertu de cette théorie, les tribunaux judiciaires se reconnaissent compétents, ils considèrent que les maires, dans leurs rapports avec la commune, ne sont responsables que de leurs fautes lourdes, par application de l'art. 1992 du Code civil. Telle est la jurisprudence constante des tribunaux de l'ordre judiciaire. Ainsi, un arrêt de la Cour d'Aix, en date du 26 janvier 1889, déclare « que le mandat du maire étant gratuit et non salarié, la responsabilité de ce fonctionnaire, en ce qui concerne ses fautes, ne doit pas être appliquée rigoureusement ».

Cette jurisprudence est vivement critiquée par la doctrine, notamment par M. J. APPLETON (1). On lui reproche de faire une distinction au point de vue de la compétence entre l'Etat et les communes, alors que les tribunaux administratifs doivent connaître de tous les litiges relatifs aux actes effectués soit par l'Etat, soit par les communes, toutes les fois que des rapports de droit public sont mis en jeu. En outre, on critique l'application des règles du mandat privé ou du louage de services dans les rapports entre l'Administration et ses agents : le lien qui existe entre l'Administration et ses agents a, on le sait, une nature particulière (2).

Ce système, basé sur la nature de la faute, ne tient pas compte de la nature spéciale des liens unissant la personne morale de droit public et son agent. Il ne saurait être appliqué aux rapports existant entre l'auteur du préjudice et la collectivité, pour déterminer la juridiction compétente. L'appréciation de la responsa-

(1) Note sous l'arrêt Poursines, précité.

(2) Voir Statut des fonctionnaires, p. 106 et s.

bilité de l'agent doit, en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, échapper aux tribunaux judiciaires, car elle comporterait une immixtion dans les rouages administratifs.

Il conviendra donc de rechercher si la faute en question a été ou non commise par l'agent dans l'exercice de ses fonctions. Ce critérium est différent de celui qui consiste à distinguer la faute personnelle et la faute de service. Même si, dans l'exercice de ses fonctions, le fonctionnaire a commis une faute personnelle, on décidera que c'est aux tribunaux administratifs qu'il appartiendra de statuer sur sa responsabilité *vis-à-vis de la collectivité*, le juge administratif étant seul compétent pour apprécier des rapports de droit public.

En revanche, en cas de faute extérieure à l'exercice de ses fonctions, les faits ressortissent aux tribunaux judiciaires. La qualification de cette faute ne se confond nullement avec celle de la faute personnelle. Cette dernière est généralement commise à l'occasion de l'exercice des fonctions, mais elle reflète une intention mauvaise, de la part de l'agent, des préoccupations personnelles, non administratives. Le fonctionnaire ayant commis une faute en dehors de l'exercice de ses fonctions est considéré comme agent ayant agi en qualité de simple particulier et la juridiction administrative n'a donc pas à intervenir.

Dans notre arrêt, bien que le sieur Magnon ait commis une faute personnelle caractérisée, il avait agi en qualité de maire, et dans l'exercice de ses fonctions. La compétence appartenait donc au tribunal administratif, en l'espèce le Conseil de Préfecture.

Celui-ci condamna le sieur Magnon à payer une certaine somme à la commune de Chauvigny. L'affaire fut alors portée devant le Conseil d'Etat qui confirma la décision précédente dans les termes suivants : « Consi-

dérant qu'en faisant exécuter sans autorisation du Conseil municipal des travaux qui étaient avantageux pour sa propriété mais qui ne présentaient aucun intérêt communal, le sieur Magnon a commis une faute préjudiciable à la commune qui, dans les circonstances de l'affaire, engage sa responsabilité ; que c'est, par suite, avec raison que le Conseil de Préfecture l'a condamné à payer la somme de 595 francs à la commune de Chauvigny... ».

L'arrêt Magnon sanctionne donc la responsabilité civile du maire et par là même semble revenir, du moins à première vue, sur l'arrêt de Kervéguen et opérer un nouveau revirement de jurisprudence.

Trois interprétations ont été proposées comme prétendant également rendre compte de la décision Magnon :

On pourrait concevoir tout d'abord que le Conseil d'Etat eût rendu par l'arrêt Magnon une décision qui viserait l'ensemble des fonctionnaires et qui, bien qu'intervenue à propos des maires, n'aurait pas une portée restreinte à ceux-ci. Ce serait la règle même de l'irresponsabilité de principe des fonctionnaires qui serait atteinte et plus ou moins nettement abandonnée.

Il peut être admis, dans une seconde interprétation, que, rendu à propos d'un maire, l'arrêt Magnon ne concerne que les maires. En outre, on peut considérer qu'il s'oppose, purement et simplement, à l'arrêt de Kervéguen et marque, par rapport à celui-ci, un revirement de la jurisprudence de la Haute Assemblée. Désormais les maires échapperaient aux règles qui régissent habituellement la responsabilité des fonctionnaires et seraient pécuniairement responsables de leurs fautes vis-à-vis de la commune.

Une troisième acception de l'arrêt Magnon, qui, comme la précédente, restreint la portée de celui-ci à ces fonctionnaires particuliers que sont les maires, tend,

par contre, à découvrir une solution de continuité entre les arrêts de Kervéguen et Magnon. Aussi bien le libellé de ces deux décisions le permet-il. La première note que le requérant « n'a agi que comme maire et représentant de la commune de Coupvray et dans l'intérêt de cette dernière ». Alors que le second indique que le sieur Magnon a fait exécuter des « travaux qui étaient avantageux pour sa propriété mais ne présentaient aucun intérêt communal ». La différence de gravité, voire de nature, entre les fautes commises expliquait celle des dispositifs des deux décisions et conserverait toute son unité à la jurisprudence en cette matière.

Quelle est l'interprétation qu'il convient de retenir, c'est-à-dire en définitive quel est l'état actuel de la jurisprudence en ce qui concerne la responsabilité civile des maires ?

La première conception, suivant laquelle l'arrêt Magnon s'attaquerait de front en quelque sorte à la règle de l'irresponsabilité des fonctionnaires, ne peut être retenue. Nous aurons ultérieurement à nous prononcer sur la valeur de ce principe. Mais c'est une chose que de discuter du bien-fondé d'une règle et une autre que de rechercher le sort fait à celle-ci par la jurisprudence. Un point doit être, dès maintenant, considéré comme acquis : la portée de l'arrêt Magnon doit être restreinte aux maires.

Il y a, en effet, de nombreuses raisons de considérer que le maire n'est pas, ou tout au moins n'était pas jusqu'à l'intervention des textes postérieurs à juin 1940, dans une situation semblable à celle où se trouve normalement le fonctionnaire vis-à-vis de l'Administration.

D'abord le maire est un agent élu ou, encore une fois, était un agent élu. Il bénéficiait d'une certaine autonomie dans la gestion des intérêts communaux. Le contrôle de tutelle qui s'exerçait sur son activité ne

rappelait, ni en droit, ni en fait, le pouvoir hiérarchique et l'action disciplinaire qui pèsent habituellement sur les fonctionnaires. C'était dans le vote de ses concitoyens que le maire trouvait ou était censé trouver la sanction véritable de son activité administrative. Il était, par suite, assez naturel qu'une responsabilité vis-à-vis de la commune, plus stricte que celle que connaissent généralement les fonctionnaires, vint compenser, en quelque sorte, cette autonomie, cette liberté d'action particulièrement élargie. Il est, en effet, normal que la responsabilité s'accroisse parallèlement aux possibilités d'initiative de l'individu.

Enfin, l'ancien maire, par cela même qu'il n'assume plus ses fonctions antérieures, échappait au fragile contrôle de tutelle alors que ce dernier pouvait ne découvrir les fautes de gestion répréhensibles qu'assez longtemps après leur intervention. La responsabilité civile apparaît alors non seulement comme la seule sanction efficace, mais encore comme la seule possible.

Il y avait donc des motifs sérieux de sanctionner d'une manière particulière la responsabilité des maires. Il sembla que des considérations de cette nature aient inspiré la décision Magnon (1).

Dès lors que la première interprétation est rejetée, le choix à faire porte sur la question de savoir s'il y a continuité ou discontinuité entre les arrêts de Kervéguen et Magnon.

Dans les deux hypothèses, il y a eu faute du maire : dans la première la dépense a été irrégulièrement ordonnée, dans la seconde, non seulement il en est de même, mais, en outre, les travaux exécutés n'étaient d'aucun intérêt pour la commune.

Doit-on considérer que dans les deux cas il y a eu faute et que dans l'un la responsabilité a été exclue, tandis que dans l'autre elle était retenue pour conclure

(1) Voir dans ce sens l'excellente note de M. Pierre Laroque sur l'arrêt Magnon, S. 1935.3.73.

que de l'arrêt de Kervéguen à l'arrêt Magnon s'est opéré un revirement complet de jurisprudence ?

Ce serait procéder à une analyse plus apparente que réelle et, pour tout dire, superficielle, des deux décisions.

En effet, l'arrêt de Kervéguen note que le maire a agi dans l'intérêt de la commune alors qu'il est indiqué que le sieur Magnon a ordonné des travaux qui ne présentaient aucun intérêt communal. Ne doit-on pas considérer, dès lors, que les deux fautes sont différentes dans leur principe et dans leur fondement et que c'est ainsi que s'explique une divergence dans les dispositifs ?

A notre avis, c'est à dessein que les décisions intervenues insistent sur l'utilité ou l'inutilité des travaux exécutés. Ce n'est pas se livrer à une exégèse inutile des textes que de le remarquer. Ainsi que l'indique fortement M. HEILBRONNER dans sa note sous l'arrêt Magnon, il y a là une « redondance trop rare dans les décisions de la Haute Assemblée pour n'être pas intentionnelle ».

La faute n'est pas de même nature dans les deux cas et par suite n'entraîne pas dans les deux cas la responsabilité du maire.

Dans l'arrêt de Kervéguen, la dépense a été irrégulièrement ordonnée, mais il convient de rechercher à quel usage elle a été employée. Il s'agissait de réparer l'église de la commune dont l'entretien incombe à celle-ci. Aux dires de l'homme de l'art, ces travaux étaient urgents. Le maire les fait entreprendre immédiatement et avant que le Conseil municipal en ait délibéré comme il eût été légal. L'intérêt de la commune était évidemment de faire exécuter ces travaux portant sur un immeuble qu'elle avait la charge d'entretenir.

Les circonstances sont toutes différentes dans l'affaire

Magnon. Dans un cas comme dans l'autre, le maire a négligé de demander l'autorisation du Conseil municipal qui eût été nécessaire. Mais dans l'affaire Magnon les travaux exécutés présentaient un intérêt d'une autre nature que ceux visés dans la décision de Kervéguen. Il s'agissait d'exhausser la voie publique dans la mesure où elle passait devant la propriété du maire. Le bon entretien de la voie publique ne nécessitait pas ces travaux dont le seul bénéficiaire est le propriétaire riverain, en l'espèce le sieur Magnon.

Dans un cas comme dans l'autre, le maire a agi illégalement, mais dans l'affaire de Kervéguen il avait en vue l'intérêt de la commune, dans l'affaire Magnon son seul intérêt personnel. Dans les deux hypothèses, il y a eu faute, mais dans la première l'agent a agi dans l'intérêt du service, dans la seconde dans le sien propre.

Il y a là, comme le note M. HEILBRONNER, comme un nouvel aspect des notions de faute personnelle et de faute de service. Dans la conception classique, cette distinction n'intervient que dans les rapports, d'une part, des particuliers lésés et, d'autre part, des fonctionnaires ou du service public. Ici elle intervient dans les rapports du fonctionnaire et de son administration. Si, pour des commodités de langage, on ne veut pas reprendre des expressions qui ont reçu une acception déterminée dans le vocabulaire du droit administratif, on dira que la responsabilité du maire ne sera pas ou sera mise en jeu suivant qu'il aura agi dans l'intérêt du service ou non.

Il convient de faire remarquer que c'est à la juridiction administrative, en l'espèce au Conseil d'Etat, qu'incombe le soin de déterminer dans quel but et en vue de satisfaire dans quels intérêts le maire a agi. Sur ce point aussi, il y a donc une différence avec les conditions

dans lesquelles joue la distinction traditionnelle de la faute personnelle et de la faute de service.

Ainsi interprété, l'arrêt Magnon ne traduit pas un revirement de la jurisprudence par rapport à l'arrêt de Kervéguen. Il y a eu seulement un assouplissement et comme un aménagement de la jurisprudence antérieure.

Il y a si peu contradiction entre les deux décisions que l'on peut dire que l'arrêt de Kervéguen, en faisant explicitement allusion à l'utilité pour la commune des travaux entrepris par le maire afin de rejeter la responsabilité de celui-ci, contenait par là même l'affirmation implicite qu'il n'en serait pas de même dans le cas où les travaux exécutés ne l'auraient été que dans l'intérêt personnel du maire. En ce sens, il n'est ni excessif ni paradoxal de prétendre que l'arrêt de Kervéguen préparait et annonçait l'arrêt Magnon. Ceux-ci n'apparaissent, en définitive, que comme les deux faces, les deux aspects d'une jurisprudence pleinement homogène.

Si donc l'on fait le point de la jurisprudence intervenue en ce qui concerne la responsabilité civile des maires vis-à-vis des communes, il convient de distinguer suivant que le Conseil d'Etat déclare que ceux-ci ont agi ou non dans l'intérêt du service. La responsabilité civile ne sera retenue que dans l'hypothèse où le maire sera intervenu dans un intérêt manifestement autre que celui de la commune. En d'autres termes, la responsabilité ne sanctionnera que des fautes particulièrement lourdes, sinon dans les dommages qu'elles auront pu causer, du moins dans l'intention de l'agent agissant sciemment d'une manière contraire aux intérêts du service. C'est là, à n'en point douter, le droit positif en la matière.

Comment convient-il de replacer cette jurisprudence relative à la responsabilité civile des maires dans la

théorie générale de la responsabilité des fonctionnaires ?

Il importe de rappeler une fois encore que la règle sur l'irresponsabilité de principe des fonctionnaires n'a pas été atteinte par l'arrêt Magnon. On a pu songer à donner à celui-ci une portée générale (1), mais il semble que ce soit là en hypertrophier le sens et dépasser les intentions du Conseil d'Etat. Celui-ci semble bien avoir pris en considération les éléments que nous avons rappelés plus haut et qui accordent aux maires une indépendance sans commune mesure avec celle dont jouit habituellement un fonctionnaire.

Il reste donc que par exception à l'irresponsabilité des agents publics vis-à-vis des personnes morales auxquelles ils appartiennent, la responsabilité civile du maire vis-à-vis des communes est retenue dans l'hypothèse de faute lourde.

Est-ce là une solution qui, du point de vue de la justice et d'une saine administration, doive être tenue pour heureuse ? C'est ce que nous avons à préciser en conclusion lorsque nous aurons donné une vue générale du problème de la responsabilité civile des fonctionnaires. Il n'est pas, cependant, excessif de noter, dès maintenant, que la jurisprudence de la Haute Assemblée administrative aboutira à ne sanctionner que les fautes de gestion du maire par la mise en jeu de la responsabilité de celui-ci que très exceptionnellement.

(1) Voir par exemple WALINE: *Manuel élémentaire de Droit administratif*, 2^e édit., p. 397.

CHAPITRE IV

LA RÈGLE DE L'IRRESPONSABILITÉ DES FONCTIONNAIRES ET SA VALEUR

Nous avons fait le point du droit positif en la matière qui nous occupe. Il convient maintenant d'analyser cette règle dominante de l'irresponsabilité. Celle-ci pose une double série de problèmes : les uns au juriste, les autres à l'Administrateur, les uns de droit, les autres de fait. C'est à leur examen que seront consacrées les deux sections qui suivent. La conclusion à laquelle nous arriverons alors nous permettra de nous prononcer sur la valeur de la règle de l'irresponsabilité et de mieux préciser, s'il y a lieu, les solutions qui peuvent être proposées.

Il convient, cependant, de noter, dès maintenant, que la règle de l'irresponsabilité n'est pas absolue. Une différence est faite, on l'a vu, entre les fonctionnaires de l'Etat et les maires. On en connaît les justifications généralement données. Convient-il de les tenir pour valables ?

La différence de traitement que nous venons de signaler entre les maires et les agents de l'Etat s'explique d'autant moins, à notre avis, que ce sont justement les fonctionnaires municipaux que l'on pourrait envisager de faire bénéficier d'une indulgence plus grande. Le caractère bénévole des fonctions municipales, le dévouement à la cause publique qu'elles impliquent le plus

souvent, l'absence très fréquente de toute formation juridique de la part des maires. auraient pu être autant de motifs pour apprécier plus favorablement leur responsabilité.

Il n'en est rien, nous le savons bien, au contraire. Si donc ces considérations n'ont pas paru suffisantes pour s'opposer à la responsabilité des maires, à plus forte raison doit-il en aller de même pour les fonctionnaires qui jouissent d'avantages certains, dont l'activité est rétribuée et qui doivent à la collectivité un service loyal. « Il n'y a pas de raison pour exclure la responsabilité pécuniaire des fonctionnaires envers l'Etat si l'on admet la responsabilité pécuniaire des maires envers les communes. » (1).

Dès maintenant apparaît donc le caractère assez peu rationnel du système de responsabilité des fonctionnaires. L'examen de la règle d'irresponsabilité elle-même ne peut que confirmer ce jugement.

(1) J. APPLETON, *op. cit.*, n° 138.

Section I

Le fondement et la portée juridique de la règle de l'irresponsabilité

La jurisprudence administrative justifie l'irresponsabilité qui, en principe, couvre les fonctionnaires à l'égard des personnes morales dont ils dépendent par l'absence d'une disposition législative en sens contraire.

C'est ainsi que l'arrêt Poursines (1) indique « que la responsabilité pécuniaire d'un fonctionnaire autre qu'un comptable public ne saurait être engagée envers l'Etat à raison des fautes par lui commises à l'occasion de ses fonctions, à moins d'une disposition législative spéciale qui autorise le ministre compétent à le déclarer débiteur ». D'autres arrêts reproduisent ce considérant en termes identiques ou presque.

Les formules qu'emploie l'arrêt trouvent leur explication dans les conditions où s'est posé, à l'origine, le problème de la responsabilité des fonctionnaires à l'égard de la puissance publique. Ce n'est pas la question de fond qui, primitivement, se trouva soumise directement à l'appréciation du Conseil d'Etat, mais bien une question de procédure.

Le ministre qui voulait faire jouer la responsabilité du fonctionnaire vis-à-vis de l'Administration employait à l'encontre de celui-ci le procédé de l'*arrêté de débet*. Le fonctionnaire intentait alors un recours contre l'arrêté intervenu et contestait la validité de l'application de cette procédure à un fonctionnaire autre qu'un

(1) Poursines, 28 mars 1924.

comptable. Le litige ainsi engagé ne pouvait se terminer qu'à l'avantage du réclamant. L'arrêt Meulien, par exemple, annule une décision du ministre de l'Industrie, du Commerce et des Colonies parce que celui-ci avait pris un arrêté de débet contre un magasinier à la Nouvelle-Calédonie, c'est-à-dire contre un fonctionnaire qui n'était pas détenteur de deniers publics (1).

C'est donc à la faveur d'une illégalité de procédure, d'une maladresse de procédure, pourrait-on dire, que la règle de l'irresponsabilité du fonctionnaire à l'égard de la personne morale s'introduit dans le droit public français et s'y acclimate pour finir par y être considérée comme une des règles les plus sûres.

Bientôt la difficulté de procédure qui, à l'origine, est la base juridique du litige, sera résolue, mais la règle de l'irresponsabilité subsistera comme règle de fond. La loi du 13 avril 1898 venait, en effet, reconnaître, par son article 54, le droit aux ministres de délivrer sous la forme d'états exécutoires des titres contre tous les débiteurs de l'Etat, qu'ils fussent détenteurs de deniers publics ou non. Les ministres utilisent cette procédure mais se heurtent, dès lors, à l'affirmation qu'un fonctionnaire ne peut être tenu comme pécuniairement responsable envers son administration de ses fautes ou négligences à moins d'une disposition législative précise en ce sens. C'est l'hypothèse de l'arrêt Lagarde (2).

C'est donc sur l'absence d'un texte législatif établissant la responsabilité générale des fonctionnaires à l'égard de la puissance publique que se trouva fondée, en définitive, la règle de l'irresponsabilité.

Un des premiers résultats de cette jurisprudence est que, suivant que l'on envisage la responsabilité du fonc-

(1) Meulien, 28 juin 1895.

(2) Lagarde, 24 novembre 1916.

tionnaire à l'égard du particulier ou à l'égard de l'Administration, l'on est amené à des conclusions qui s'opposent.

Envisageons l'hypothèse de la responsabilité civile du fonctionnaire à l'égard du particulier lésé. C'est le Conseil d'Etat qui, en l'absence de toute disposition législative sur ce point, et en appliquant les principes généraux du droit, a introduit la distinction entre la faute de service et la faute personnelle. En introduisant la notion de faute personnelle, la Haute Assemblée posait le principe de la responsabilité du fonctionnaire à l'égard du particulier lésé, du moins dans certaines conditions. Aucune disposition législative n'avait pu servir de base à une notion et à une règle dont, aussi bien, personne ne conteste qu'elles soient d'origine strictement jurisprudentielle.

Pourquoi devrait-il en être différemment en ce qui concerne la responsabilité du fonctionnaire à l'égard de l'Administration ? Pourquoi, dans cette seconde hypothèse, une disposition législative serait-elle nécessaire pour que soit reconnue la possibilité d'une responsabilité civile du fonctionnaire ?

Il est difficilement admissible que les principes généraux du droit public puissent permettre de déclarer le fonctionnaire responsable, à raison de sa faute personnelle, vis-à-vis d'un particulier lésé et ne le permettent pas lorsque, dans les mêmes conditions, c'est l'Administration qui subit le dommage. Dans le cas de préjudice causé à un particulier, la règle serait la responsabilité ; dans l'hypothèse de dommage subi par la puissance publique, la règle serait l'irresponsabilité. Aucun fondement juridique valable ne peut être donné à une opposition aussi peu rationnelle.

Aucune disposition législative ne prévoit d'une façon générale, à part quelques exceptions, la responsabilité

des administrations publiques envers les tiers, en dehors du contrat. Elle ne repose que sur l'équité.

C'est un fait incontestable que le droit administratif est un droit essentiellement prétorien.

Le nombre des lois édictant des règles en ce domaine est restreint, et il appartient au Conseil d'Etat de suppléer à la carence du législateur. Pour nous en tenir à notre matière, la distinction classique entre la faute de service et la faute personnelle est basée sur l'équité, non sur des textes. En ce qui concerne le risque, « La juridiction administrative allait être forcée d'édifier de toutes pièces une construction originale » (1).

De même, le système prévoyant la responsabilité de l'Administration dans le cadre de l'enrichissement sans cause présente un caractère autonome que nous avons déjà rappelé.

Dans ces conditions, pourquoi le Conseil d'Etat prétend-il fonder l'impossibilité de nier la responsabilité pécuniaire des fonctionnaires envers l'Administration sur l'absence de textes, alors que les larges pouvoirs qui lui sont reconnus par la coutume lui ont permis de construire dans d'autres branches de cette matière de magnifiques théories, solidement assises et d'application constante.

Des textes sont intervenus qui réglementent, d'une manière à chaque fois particulière, la responsabilité de certaines catégories déterminées de fonctionnaires. Rien ne permet de les considérer comme des exceptions à une règle d'irresponsabilité plutôt que comme des applications spéciales d'une règle générale de responsabilité (2).

Cette irresponsabilité, déjà si critiquable par son fon-

(1) DUEZ, *op. cit.*, p. 67.

(2) Voir en ce sens APPLETON, *op. cit.*, p. 258.

dement juridique, l'est plus encore par sa portée : elle empêche, en effet, l'organisation d'un système homogène et cohérent de la responsabilité civile des fonctionnaires.

Le fonctionnaire est tenu pour irresponsable vis-à-vis de son administration. Si une faute personnelle a été commise, le particulier qui a subi le dommage peut intenter une action en responsabilité contre le fonctionnaire devant les tribunaux judiciaires. S'il existait conjointement une faute de service à raison de laquelle l'Administration avait été antérieurement condamnée, celle-ci se trouve, on l'a vu, subrogée aux droits qui peuvent être reconnus au particulier à la suite de l'action fondée sur la faute personnelle. Mais le particulier est maître d'intenter ou de ne pas intenter l'action devant les tribunaux judiciaires. C'est lui, en définitive, et non la puissance publique qui a la possibilité, entièrement discrétionnaire, de faire jouer ou non la responsabilité civile du fonctionnaire. C'est là un résultat suffisamment paradoxal et qui a été déjà assez largement évoqué pour qu'il ne soit pas nécessaire d'y insister plus longuement.

Il sera permis cependant d'indiquer qu'une telle incohérence n'est possible qu'à raison même de la règle d'irresponsabilité. Dans le système jurisprudentiel **actuel**, en effet, elle aboutit à paralyser plus ou moins la responsabilité civile du fonctionnaire dans la faible mesure où elle est **reconnue**.

Plus généralement, d'ailleurs, l'irresponsabilité est contraire à la règle fondamentale du droit que domine la règle de la responsabilité. En droit privé, par exemple, l'employé ou l'ouvrier est responsable vis-à-vis de l'entreprise : ils sont jugés par les tribunaux judiciaires responsables pécuniairement envers leurs patrons des pertes et des malfaçons causées par leur faute.

Le fonctionnaire, dans la mesure où il est déclaré irresponsable, jouit d'un véritable privilège qui lui assure l'impunité.

Nous nous trouvons donc sur ce point devant une règle dont la portée, étant donné l'ensemble du droit français de la responsabilité, est néfaste et dont le fondement juridique est éminemment discutable et fragile. Il est difficile de concevoir plus nette condamnation.

Section II

La règle de l'irresponsabilité et les conditions d'une saine administration

A l'appui de la thèse admettant l'irresponsabilité des fonctionnaires à l'égard de l'Administration, on a fait également valoir la disproportion qui existe entre le montant des sommes à allouer en réparation du préjudice causé, et le traitement souvent très modeste de l'agent auteur du dommage. « Il y a quelque chose d'un peu ridicule », écrit M. ALLIX (1), « à mettre des sommes qui se chiffrent souvent par millions à la charge d'un fonctionnaire sans fortune ». Cette disproportion apparaît également entre la gravité de la faute commise et l'importance de la charge qui pèserait sur l'agent responsable. La plupart des auteurs font valoir cet argument. M. WALLINE, après avoir exposé le système d'irresponsabilité traditionnellement suivi par le Conseil d'Etat, remarque à son tour : « On ne peut donner de raison sérieuse à l'appui de cette jurisprudence, sinon qu'il n'y a pas de commune mesure entre la gravité de la faute causée et le fardeau de la responsabilité ».

On ajoute qu'en faisant courir aux agents administratifs le risque d'avoir éventuellement à supporter de si lourdes charges, on tarirait le recrutement des fonctionnaires. Personne, dit-on, ne souhaiterait occuper des emplois auxquels pourrait s'attacher un tel danger. Et même s'ils acceptaient de telles conditions, les fonctionnaires, à qui l'on reproche déjà leur manque d'initiative, feraient preuve d'une apathie totale. On para-

(1) ALLIX, *op. cit.*, p. 434.

lyserait leur liberté d'esprit. « Celui-là ne se trompe pas qui ne fait rien » : cette définition de M. JÈZE (1) pourrait bien devenir alors le principe directeur de la conduite des fonctionnaires.

Certains auteurs observent que si l'on admettait la responsabilité pécuniaire des fonctionnaires, il serait nécessaire d'augmenter leur traitement.

Pour aussi séduisants que puissent paraître au premier abord ces arguments, ils sont loin d'être concluants. C'est du moins ce que nous voudrions établir en reprenant leur examen.

Nous avons dit plus haut (V. Chap. 6, Section II) combien l'amélioration de la situation des agents administratifs en général nous paraissait souhaitable. Mais elle ne constitue pas nécessairement un corollaire nécessaire de leur responsabilité : tel semble bien être l'avis du législateur pour qui le traitement assez modeste des comptables n'a jamais paru un obstacle à la mise en fin de leur responsabilité.

D'ailleurs, sans mettre à la charge de l'agent coupable la réparation intégrale du dommage causé par lui, « sanction généralement platonique parce qu'inapplicable » (2), rien n'empêche de prévoir un système laissant à la sagesse du Conseil d'Etat l'appréciation de la contribution à imposer. La haute juridiction administrative serait parfaitement capable de déterminer la mesure dans laquelle le fonctionnaire devrait, selon les circonstances de la cause, être condamné à une réparation pécuniaire, « de la graduer et de la partager suivant les espèces, en veillant à la fois à ne pas paralyser l'initiative des agents par la crainte des responsabilités pécuniaires et à ne pas favoriser leur négli-

(1) Note dans l'arrêt Poursines, précité.

(2) ALLIX, loc. cit.

gence par la certitude qu'ils échapperont à toute sanction matérielle » (1).

Par ce système, il n'y a plus identité absolue et rapports étroits entre le dommage causé et la responsabilité civile du fonctionnaire. La responsabilité civile vis-à-vis de l'Administration n'aboutira pas à la réparation intégrale du préjudice causé à celle-ci par le fonctionnaire, du moins dès que le dommage atteindra une certaine ampleur.

Il ne semble pas qu'une pareille remarque soulève des objections dirimantes. Dans les rares hypothèses où la responsabilité civile du fonctionnaire vis-à-vis des particuliers est mise en cause devant les tribunaux judiciaires, ceux-ci condamnent volontiers l'agent au versement d'une indemnité qui généralement ne couvre que partiellement le préjudice causé.

L'insuffisance des patrimoines individuels à réparer des dommages qui peuvent être très importants n'a donc jamais été un obstacle décisif pour admettre la responsabilité civile des fonctionnaires. Les solutions que la jurisprudence a introduites pour la responsabilité des fonctionnaires vis-à-vis des individus pourraient être acceptées pour celle qui devrait les lier vis-à-vis de leur administration.

On fera remarquer que, dès lors que l'indemnité n'est plus étroitement calquée sur le dommage, elle prend nécessairement, plus ou moins, le caractère d'une sorte d'amende : elle devient beaucoup plus une sanction contre le fonctionnaire qu'une réparation au bénéfice du particulier. Son montant peut être calculé en fonction de la gravité de la faute commise et non de l'ampleur du préjudice subi. Il ne peut y avoir là, à notre avis du moins, qu'une conséquence heureuse.

(1) APPLETON, *op. cit.*, n° 138.

La responsabilité pécuniaire des fonctionnaires vis-à-vis de la personne morale dont ils dépendent et à raison des dommages que celle-ci subit, directement ou indirectement, du fait de leur gestion, est un des éléments de la bonne organisation des services publics. Mieux et plus que le pouvoir hiérarchique et que les sanctions disciplinaires, la responsabilité pécuniaire de l'agent est une garantie de bon fonctionnement du service : c'est à travers une responsabilité pécuniaire que, généralement du moins, l'individu sent la responsabilité pure et simple, toujours un peu abstraite, qui pèse sur lui.

C'est donc sur l'absence d'un texte législatif établissant la responsabilité générale des fonctionnaires à l'égard de la puissance publique qu'est fondée la règle de l'irresponsabilité.

Le résultat est que suivant que l'on envisage la responsabilité du fonctionnaire à l'égard du particulier ou à l'égard de l'Administration, l'on est amené à des conclusions qui s'opposent.

Envisageons l'hypothèse de la responsabilité du fonctionnaire à l'égard du particulier. C'est le Conseil d'Etat qui, en l'absence de toute disposition législative, et en appliquant les principes généraux du droit, a introduit la distinction entre la faute de service et la faute personnelle. En introduisant la notion de faute personnelle, la Haute Assemblée posait le principe de la responsabilité du fonctionnaire à l'égard du particulier lésé, du moins dans certaines conditions. Aucune disposition législative n'avait pu servir de base à une notion et à une règle d'origine strictement jurisprudentielle.

Pourquoi en est-il différemment en ce qui concerne la responsabilité du fonctionnaire à l'égard de l'Administration ? Pourquoi, dans cette seconde hypothèse, une disposition législative serait-elle nécessaire pour reconnaître la responsabilité du fonctionnaire ?

Il est difficilement admissible que les principes généraux du droit public puissent permettre de déclarer le fonctionnaire responsable, à raison de sa faute personnelle, vis-à-vis d'un particulier lésé, et ne le permettent pas lorsque, dans les mêmes conditions, c'est l'Administration qui subit le dommage. Dans le cas de préjudice causé à un particulier, la règle serait la responsabilité ; dans l'hypothèse de dommage subi par la puissance publique, la règle serait l'irresponsabilité. Aucun fondement juridique valable ne peut être donné à une divergence aussi peu rationnelle.

L'analyse des faits révèle, d'ailleurs, une organisation plus irrationnelle encore. Nous avons vu que le recours direct de l'Administration contre l'agent fautif n'est, en principe, pas possible. Par contre, la jurisprudence admet éventuellement le recours de l'agent contre l'Administration. Il y a là un ferment d'anarchie dans l'organisation de la fonction publique ou tout au moins une incohérence dans le régime juridique de la responsabilité.

Le recours contre l'Administration, recours émanant de l'agent, est effectivement admis. C'est l'hypothèse de l'arrêt Raymond(1).

Le sieur Raymond, mobilisé en qualité de soldat automobiliste et mis à la disposition du Préfet de la Seine, causa en service commandé un grave accident.

Poursuivi par la victime devant les tribunaux judiciaires, ceux-ci se considérèrent incompétents. Le conflit n'avait pas été élevé par le Préfet. Sur requête du soldat Raymond, le Conseil d'Etat jugea qu'il appartenait au Ministre de la Guerre de se prononcer sur l'appel en garantie formé par le requérant contre l'Etat et il le fait dans des termes qui « semblent favorables

(1) HAURIOU, S. 1926.3.17.

à la reconnaissance de la responsabilité de l'Etat » (1).

Et le dernier ajoute : « Sans doute, c'est cet automobiliste qui a causé l'accident, mais si nous admettons que cet accident n'est qu'un fait de service, non seulement c'est le service qui doit réparer le préjudice et non pas l'automobiliste, mais encore le service doit couvrir son fonctionnaire et l'empêcher d'être personnellement condamné ; s'il ne l'a pas couvert dans la procédure par le conflit, il doit le couvrir au fond par sa garantie, en devant déclarer devant la justice sa propre responsabilité. »

Si donc l'agent est admis en dehors de dispositions législatives l'y autorisant à se retourner contre le service, la réciproque devrait être vraie et l'Administration pouvoir exercer contre le fonctionnaire une véritable action récursoire sans attendre le bénéfice problématique d'une subrogation rarement effective.

Enfin, la responsabilité pour faute serait la contrepartie naturelle de la protection dont bénéficient les agents publics dans l'hypothèse où ils sont victimes d'accidents qui surviennent du fait de tiers (2). L'Etat n'hésite pas, en effet, à poursuivre contre les tiers responsables la réparation du préjudice qu'il a indirectement subi dans la personne de ses agents. Protection et responsabilité sont comme les deux aspects complémentaires d'une organisation homogène et saine de la fonction publique.

(1) HAURIU, note précitée.

(2) Etat c/ Rochette, Cass. Civ. 14 janvier 1924, D.H. 1924, p. 123. — Etat c/ Bezion, Req. 24 février 1931, D. 31.1.113. — Etat c/ Dubost, Civ. 10 novembre 1931, S. 33.1.205. — Civ. 14 mars 1934, G.P. 12 avril 1934, note. — C^{ie} P.O. c/ Minist. de la Guerre; C.E. 14 décembre 1927, Leb. p. 120. — Ch. de Fer du Midi c/ Cros, Crim. 21 novembre 1933, S. 1933.1.233, note DOBY.

CHAPITRE V

SOLUTIONS PROPOSÉES

Ce titre pourrait paraître prétentieux s'il n'était que le prolongement du précédent et s'il s'agissait d'autre chose que de mettre en ordre les conclusions auxquelles nous sommes déjà arrivés au moins implicitement.

Nous avons essayé de montrer combien la règle dominante d'irresponsabilité était peu justifiable, que l'on envisage le problème de fait, c'est-à-dire les conditions nécessaires à un bon fonctionnement des services publics, ou le problème de droit, c'est-à-dire la théorie générale de la responsabilité dans le droit public français.

Par là même, nous concluons à la nécessité d'organiser la responsabilité pécuniaire des fonctionnaires vis-à-vis des personnes morales de droit public dont ils dépendent. C'est cette idée qui doit être précisée dans ce chapitre final qui a pour but d'en prévoir la mise en œuvre.

Celle-ci soulève deux ordres de problèmes étroitement liés l'un à l'autre mais que, cependant, la technique juridique permet de distinguer.

C'est d'abord un problème de fond : comment et par quels procédés organiser cette responsabilité du fonctionnaire ? C'est ensuite un problème de compétence : quelle juridiction, judiciaire ou administrative, aura à trancher les litiges soulevés par celle-ci ? Il ne nous échappe pas, en effet, combien cette nouvelle respon-

sabilité peut heurter les habitudes administratives françaises et combien il importe par suite de donner tous les apaisements légitimes qui peuvent naître du choix d'une juridiction particulièrement apte à connaître des litiges de cette sorte.

C'est à l'examen de ces questions de fond et de compétence que seront consacrées les deux sections de ce chapitre.

Section I

Le problème de fond

La solution de fond que nous proposons est la responsabilité pécuniaire du fonctionnaire pour tout dommage causé par la faute de celui-ci, soit directement, soit indirectement, à la personne morale dont il dépend. Le dommage sera dit indirect lorsque l'Administration aura dû indemniser le particulier lésé par la faute de l'agent.

Il est à peine besoin d'indiquer que nous concevons la nécessité du cumul de la faute de service et de la faute personnelle : lui seul permet d'assurer la réparation intégrale du préjudice qui apparaît comme un corollaire nécessaire de l'égalité des citoyens devant les charges publiques. C'est dire que nous ne présentons pas la responsabilité pécuniaire du fonctionnaire comme une conséquence de la nécessité de réparer le dommage. Il est clair, et nous nous sommes expliqués sur ce point, que le patrimoine de l'agent n'y suffirait pas, du moins dans la généralité des cas. Nous admettons que cette responsabilité pécuniaire apparaisse comme une sanction, d'un ordre particulier, de la faute de l'agent ; que le calcul de l'indemnité soit fonction tout autant de la gravité de la négligence du fonctionnaire que de l'ampleur du dommage causé. Il est évident que dans un pareil système c'est l'existence de la faute de service qui assurera l'intégralité de la réparation du préjudice.

Comment les tribunaux peuvent-ils être amenés à sanctionner pareille responsabilité ?

A notre avis, une disposition législative en ce sens n'est pas nécessaire. L'irresponsabilité, actuellement dominante dans le droit positif, est une construction purement jurisprudentielle. Les quelques textes qui aménagent la responsabilité de certaines catégories déterminées de fonctionnaires peuvent être tenus aussi bien pour des applications assez particulières d'une règle générale de responsabilité que pour des exceptions à un principe général d'irresponsabilité.

Un revirement de la jurisprudence du Conseil d'Etat est donc suffisant pour consacrer la responsabilité pécuniaire du fonctionnaire vis-à-vis de la puissance publique.

Si l'on veut bien pénétrer dans le détail de la technique de la responsabilité, il n'apparaît plus comme nécessaire. Un simple aménagement de la jurisprudence actuelle peut amener de grands progrès dans la responsabilité civile du fonctionnaire.

On connaît la procédure de la subrogation par laquelle l'Administration se trouve bénéficiaire de la condamnation qui pourra frapper le fonctionnaire à raison de sa faute personnelle si le particulier lésé intente pour ce motif une action devant les tribunaux judiciaires. On connaît aussi la grave lacune de cette procédure : le particulier est maître de cette action. On a vu pour quelles raisons il était rare que cette subrogation aboutisse à des résultats effectifs. Nous avons suffisamment insisté sur ce point pour qu'il ne soit pas nécessaire d'y revenir.

Un progrès sérieux en notre matière serait déjà accompli si la subrogation portait non sur les résultats de l'action toujours problématique et souvent inutilisée, mais sur l'action elle-même.

La subrogation devrait accorder à l'Administration le bénéfice d'une action récursoire contre le fonction-

naire à raison de sa faute personnelle. Ainsi la sanction de celle-ci ne serait plus laissée au gré d'un particulier plus soucieux d'obtenir une réparation que de participer à la discipline intérieure du service public.

Aussi bien y aurait-il là une subrogation qui n'est pas entièrement inconnue du droit positif français. Nous avons étudié, à propos de la responsabilité des magistrats, la loi du 7 février 1933 et précisé sa portée. C'est l'Etat qui y est déclaré civilement responsable des dommages causés par la faute personnelle du magistrat, mais la puissance publique bénéficie d'une action récursoire contre le fonctionnaire.

Il y a là une solution qui, pour n'être que transitoire, du moins du point de vue des principes, n'en donne pas moins satisfaction aux nécessités de la situation : d'une part, en effet, la réparation du dommage est assurée ; d'autre part, la responsabilité civile du fonctionnaire est automatiquement mise en jeu.

Ainsi, indirectement il est vrai, le résultat essentiel que nous souhaitons est atteint. A une faute personnelle de l'agent peut correspondre automatiquement la mise en œuvre de sa responsabilité.

On voit par là combien le droit positif est préparé, dès maintenant, à la réforme à laquelle nous nous rallions. Le droit actuel est gros, en quelque sorte, d'une jurisprudence nouvelle qui poserait le principe de la responsabilité pécuniaire des fonctionnaires.

Il reste évidemment que cette innovation devrait être entourée d'assurances légitimes et nécessaires pour le fonctionnaire. La loi du 7 février 1933 relative aux magistrats est associée à la procédure générale de la prise à partie qui n'est point d'un usage quotidien et qui garantit le magistrat contre toute action entreprise à la légère en cette matière.

La même certitude devrait être donnée à tous les

fonctionnaires. Il importerait pour cela que la responsabilité pécuniaire du fonctionnaire ne fût mise en jeu que dans l'hypothèse d'une faute lourde de sa part. Aussi bien est-ce là le champ d'application de la loi du 7 février 1933.

La faute lourde ne se définit pas : elle se constate. Il y a lieu, cependant, d'examiner ici ce que recouvrent les expressions traditionnelles de faute personnelle et de faute de service et dans quel rapport elles sont avec celle de faute lourde.

Les qualificatifs de « faute personnelle » et de « faute de service », qui sont encore employés et par la doctrine et même par la jurisprudence, ne correspondent plus à la réalité. Il y a une tendance à accroître le champ de la faute de service, tendance systématique qui l'emporte sur une exacte analyse des faits.

Le résultat est que la faute lourde du fonctionnaire peut être indiscutable alors que la jurisprudence parlera encore de faute de service. Ainsi que le rappelle le Doyen HAURIOU dans sa note sur l'arrêt Delpech (1), il n'y a aucune identité entre, d'une part, la *culpa levis* et la faute de service et, d'autre part, la *culpa lata* et la faute personnelle. Le Conseil d'Etat généralise la faute de service et abandonne la distinction de faute lourde et de faute légère.

Par suite, il y aura eu faute de l'agent sans que pour autant la responsabilité personnelle et civile de celui-ci soit mise en jeu. Il n'est que de reprendre quelques arrêts célèbres pour y pressentir derrière l'apparente faute de service, la responsabilité personnelle et directe d'un agent.

Dans l'affaire Delpech, par exemple, le maire, soutenu d'ailleurs par son Conseil municipal, a refusé

(1) S. 1911, IV, p. 137.

pendant plus de cinq mois de remettre aux instituteurs les clés du logement auquel ils avaient droit. C'est la responsabilité de la commune qui est retenue. Il est pourtant clair qu'il y a eu une faute du maire, que ne diminue pas l'assentiment que celui-ci a pu trouver auprès du Conseil municipal. En fait, il y avait bien eu faute personnelle du maire.

Lorsqu'on préconise la responsabilité civile de l'agent vis-à-vis de la personne morale de droit public dont celui-ci dépend, il convient de rappeler que, dans l'état actuel de la jurisprudence, la faute de service couvre dans une très large mesure la faute de l'agent. La responsabilité civile de l'agent vis-à-vis de personne morale devra pouvoir être mise en cause alors même que l'expression de faute de service couvrira les faits. Il devra en être ainsi dès lors que la faute sera particulièrement lourde, confinera au dol ou supposera une incurie manifeste de la part de l'agent.

La responsabilité de l'agent devra être mise en jeu non pas parce que la faute apparaîtra comme plus ou moins détachable du service, mais parce qu'elle apparaîtra comme une faute lourde d'une gravité telle qu'un fonctionnaire normalement diligent aurait dû ou bien ne pas passer à l'exécution ou bien attirer préalablement l'attention de ses supérieurs sur les faits.

En un mot, c'est la gravité de la faute qui doit entraîner la responsabilité de l'agent vis-à-vis de la puissance publique et non point le lien, plus ou moins lâche, qui peut rattacher cette faute au fonctionnement normal du service. Un ordre de service ne doit pas nécessairement exempter le fonctionnaire de toute responsabilité.

Aussi bien la même faute est-elle susceptible d'appréciations différentes suivant que sont en question les rapports entre le tiers lésé et l'administration ou ceux entre l'agent et son administration

Une faute pourra être qualifiée faute de service par la jurisprudence saisie d'une réclamation émanant du particulier qui a subi le dommage. A ce titre la puissance publique aura à assurer, sur son patrimoine, la réparation du préjudice.

Une pareille décision ne devrait pas empêcher que soient évaluées à nouveau la portée et la gravité de la faute dans les rapports entre l'agent et la personne morale de droit public dont dépend celui-ci. La qualification de faute de service donnée dans l'instance précédente ne devrait pas peser, d'une manière décisive, sur la portée à accorder à l'acte de l'agent en ce qui concerne la responsabilité civile de celui-ci vis-à-vis de l'administration.

Une hypothèse concrète permettra de préciser le raisonnement. Reprenons celle de l'arrêt Quesnel précité. Une receveuse des postes s'approprie la somme que lui remet un particulier pour l'ouverture d'un livret de caisse d'épargne. Le Conseil d'Etat déclare qu'il y a faute de service et, par suite, l'Etat indemniserà le particulier. Dans la mesure où la qualification de faute de service a assuré et garanti la réparation du préjudice, elle est légitime.

Mais il n'en reste pas moins évident qu'il y a eu là une faute grave de l'agent, qui dépasse le cadre d'une simple négligence. Dans les rapports entre l'administration et le fonctionnaire, il devrait être possible de pouvoir donner suite à la responsabilité personnelle de l'agent. En l'espèce, la receveuse des postes avait commis une faute dont la gravité et même le caractère personnel eussent été utilement sanctionnés par une responsabilité civile jouant vis-à-vis de l'administration.

En résumé, s'il est normal que le particulier, soucieux de voir son préjudice réparé, soit en rapports avec une administration dont la solvabilité est certaine, s'il est

normal qu'en ce sens et dans ce but la notion de faute de service se généralise, le problème de la responsabilité de l'agent vis-à-vis de son administration pour cette même faute pourrait être entièrement réservé.

Vis-à-vis du particulier, il y aurait faute de service alors que vis-à-vis de l'administration il pourrait y avoir une faute personnelle d'un type particulier sanctionnée par une responsabilité directe de l'agent vis-à-vis de l'administration.

Done dans l'hypothèse d'une personne morale condamnée pour faute ou fait de service nous suggérons cette distinction : d'un côté, la faute de service pure et simple, faute d'origine anonyme déterminée par la mauvaise organisation du service et, d'un autre côté, *la faute de service susceptible d'être individualisée, faute causée par la négligence grave ou l'attitude défectueuse d'agent, cause directe du mauvais fonctionnement générateur du préjudice* ; il s'agit dans cette circonstance, d'une *faute personnelle d'un type particulier sortant du cadre de la faute de service*. Et dans ce cas, la personne morale de droit public devrait avoir indiscutablement un recours direct contre l'agent coupable.

Ainsi entendue, la faute lourde suppose une scrupuleuse appréciation des circonstances qui ne peut être que le fait de juges particulièrement aptes à connaître de la vie administrative, de ses difficultés, de ses habitudes. C'est soulever le problème, qui sera examiné ultérieurement, du juge compétent en matière de responsabilité pécuniaire du fonctionnaire.

Il reste, pour l'instant, que nous préconisons la reconnaissance de la responsabilité civile de l'agent public pour sa faute lourde et qu'il y a là, à notre avis, une réforme, plus qu'une révolution, dont le succès dépend de la haute juridiction administrative.

Section II

Le problème de compétence

Le problème du juge compétent nous paraît dominé par la nécessité de ne sanctionner la négligence de l'agent public que dans l'hypothèse de faute lourde.

Actuellement, on l'a vu, le juge judiciaire peut avoir à connaître de la responsabilité pécuniaire du fonctionnaire à raison de sa faute personnelle. Il ne se départit pas de ce qui est sa psychologie habituelle en ce qui concerne les procès relatifs à des problèmes de responsabilité. Certes, il serait excessif de dire qu'il reste absolument indifférent à la gravité de la faute commise. Mais ce n'est pas là, pour lui, l'élément déterminant.

Il tiendra compte des possibilités qu'a le réclamant lésé d'obtenir par ailleurs la réparation du dommage ou un supplément d'indemnité, tout au moins. Il recherchera quel patrimoine supportera, en définitive, l'indemnité qu'il va accorder : l'existence ou l'absence d'un système d'assurances au bénéfice de l'agent aura sur sa décision une importance toute particulière. Si l'on en pouvait douter, il suffirait d'évoquer la jurisprudence en matière d'accidents d'automobiles.

Ce sont donc, en définitive, des considérations étrangères aux règles qu'implique un bon fonctionnement des services publics qui détermineront sa décision.

Si on lui impose l'appréciation de la faute en elle-même, il est douteux que le tribunal judiciaire y apporte ce sens de l'exacte mesure qui ne peut résulter que de la pratique et de la connaissance de l'activité

administrative dans son ensemble. Dans l'état actuel, en France, on peut penser que le juge judiciaire fera plutôt preuve d'une timidité excessive, de celle qui est devenue habituelle chez lui à l'égard de la puissance publique et de ses actes.

C'est donc au tribunal administratif, au Conseil d'Etat, que devrait être dévolu le soin d'apprécier la responsabilité civile du fonctionnaire devenue la règle.

Seul il présente les garanties de compétence, non plus cette fois au sens juridique mais au sens humain du terme, que les fonctionnaires sont en droit d'attendre de ceux qui auront à les juger.

Est-ce là, d'ailleurs, un contrôle qui dépasse l'action normale du Conseil d'Etat ?

A la vérité, il ne le semble pas. Le Haut Tribunal administratif, qui recherche et sanctionne un détournement de pouvoir, n'a pas, à ce titre, à procéder à une appréciation des faits qui soit particulièrement différente de celle qu'il aurait à effectuer dans l'hypothèse où il aurait à vérifier l'existence d'une faute lourde de la part de l'agent public.

En un cas comme dans l'autre, il aurait à assurer ce que le Doyen HAURIOU n'hésitait pas à appeler le contrôle de la moralité administrative, montrant par ces termes mêmes toute la confiance que les institutions françaises de droit public impliquent dans l'action du Haut Tribunal administratif.

Le Conseil d'Etat a su, jusqu'ici, faire coexister les nécessités de l'action administrative, plus largement de l'ordre public, avec celles des libertés publiques essentielles. Il semble difficile de ne pas lui confier le soin de concilier une administration efficace, parce que éminemment responsable avec les garanties de justice et d'équité qu'un fonctionnaire consciencieux est en droit

d'espérer de ceux qui ont à se prononcer sur son activité professionnelle.

Nous aurions mal rendu compte de notre pensée si nous n'avions pas persuadé le lecteur qu'il y a là pour le Conseil d'Etat des attributions indiscutablement nouvelles mais qui, par les qualités qu'elles réclament, sont, cependant, dans la norme de l'action quotidienne de celui-ci.

La moralité administrative est un tout : on ne l'a pas entièrement sauvegardée lorsqu'on empêche les empiétements directement ou indirectement illégaux de l'activité administrative sur la vie des particuliers ; elle doit être assurée jusqu'à l'intérieur même de l'Administration et jusque dans l'action personnelle et quotidienne des agents de celle-ci.

Ainsi donc les problèmes que pose la détermination de la faute lourde d'un fonctionnaire public et l'action passée du Conseil d'Etat nous amènent à conclure à la compétence de celui-ci pour connaître de la responsabilité pécuniaire des agents de l'Administration à raison de leurs fautes et négligences.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Tout au long de cette étude, nous avons examiné le problème de la responsabilité pécuniaire des fonctionnaires vis-à-vis des personnes morales de droit public dont ils dépendent en ayant en vue de déterminer quelles sont en la matière les exigences d'une saine organisation des services publics.

Nous avons exposé le droit positif actuel. Nous avons conclu à une insuffisance. Il nous est apparu que le sens de la responsabilité personnelle est un facteur essentiel pour assurer le bon fonctionnement des institutions. Lorsque ce sentiment disparaît, il doit être restauré ; lorsqu'il existe, il doit être maintenu. Dans les deux cas, il doit être sanctionné : il ne peut l'être, à notre avis, que par la mise en œuvre généralisée de la responsabilité pécuniaire personnelle de l'agent fautif.

Par delà des mesures disciplinaires parfois arbitraires, édulcorées souvent en des changements de services rentables pour le fonctionnaire, par delà un pouvoir hiérarchique souvent trop faible, parfois injuste, c'est dans cette responsabilité civile personnelle qu'est la véritable garantie de l'Administration et de sa moralité.

Mais si cette responsabilité personnelle nous est apparue nécessaire, nous ne la souhaitons ni trop lourde ni décourageante pour le fonctionnaire qui peut avoir à la subir. L'erreur est la rançon inévitable de l'action. La responsabilité pécuniaire de l'agent ne doit pas sanctionner toute erreur commise et n'importe quelle négligence. Elle doit intervenir dans l'hypothèse d'une

faute lourde qui révèle une incompétence ou une absence de conscience professionnelle graves.

La vie administrative est nuancée et l'agent public ne doit pas agir sous la menace de l'arbitraire. Il importe qu'il ait confiance non seulement dans l'impartialité de ceux appelés à juger des incidents, souvent complexes, de son activité, mais aussi dans leur connaissance des conditions qui sont faites à l'action des représentants de la puissance publique.

Seul le Conseil d'Etat présente sur ce point les garanties nécessaires. La matière même de la responsabilité peut fournir des exemples de la hardiesse modérée avec laquelle il sait concilier les intérêts en présence : la façon dont il a su jouer de l'égalité des citoyens devant les charges publiques, du recours pour excès de pouvoir, en particulier par l'ouverture du détournement de pouvoir, suffiraient à en donner la preuve.

L'état actuel du droit positif ne présente pas d'obstacle dirimant à une construction jurisprudentielle en matière de responsabilité pécuniaire personnelle des fonctionnaires publics. Nous l'avons déjà dit, certaines innovations récentes en la matière sont prometteuses de progrès nouveaux dans le sens que nous préconisons. La loi du 7 février 1933 sur la responsabilité des magistrats est comme un encouragement tacite à une action plus hardie du Conseil d'Etat. Elle est comme un appel du législateur.

Le droit public français doit au Conseil d'Etat assez de constructions tenues pour hardies à leur apparition, rendues souples au fur et à mesure de leur application, pour qu'on puisse souhaiter lui voir entreprendre une action qui, en définitive, est plus une réforme qu'une révolution.

VU :

Le Doyen,
G. RIPERT.

VU :

Le Président,
L. ROLLAND.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Doyen de la Faculté des Sciences
chargé des fonctions
de Recteur de l'Académie de Paris,
Ch. MAURAIN.

BIBLIOGRAPHIE

JURISPRUDENCE

- Dalloz. — *Jurisprudence générale.*
Recueil périodique et critique.
Recueil hebdomadaire.
Répertoire pratique.
Code des lois administratives.
- Gazette du Palais.*
Gazette des Tribunaux.
Recueil Lebon : Arrêts du Conseil d'Etat.
Revue du Droit public et de la science politique.
Revue critique de législation et de jurisprudence.
Sirey. Recueil général des lois et arrêts.

OUVRAGES DE FOND

- Raphaël ALIBERT. — *Le contrôle juridictionnel de l'administration* 1926.
- ALLIX. —
- APPLETON. — *Traité élémentaire du contentieux administratif* 1927 supplément 1936.
- L. AUCOC. — *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, 3^e édit. 1885. t. I.
- J. BARTHÉLÉMY. — *Le Gouvernement de la France* 1924.
- J. BARTHÉLÉMY et DUEZ. — *Précis de Droit constitutionnel* 1926.
- A. BATBIE. — *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, 2^e édit. 1885.
- H. BERTHÉLÉMY. — *Traité élémentaire de droit administratif*, 13^e édit. 1933.
- Roger BONNARD. — *Précis de droit administratif*, 3^e édit. 1940.
- COLIN et CAPITANT. — *Cours élémentaire de droit civil français.*
- P. DARESTE. — *Les voies de recours contre les actes de la puissance publique.*

- DEMARTIAL. — La condition juridique des fonctionnaires, Paris 1907.
- Th. DUCROCQ. — Cours de droit administratif et de législation française des finances, 7^e édit. 1898.
- P. DUEZ. — Responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat), 2^e édit. 1938.
- L. DUGUIT. — Les transformations du droit public, 1913.
Traité de droit constitutionnel, 2^e édit., t. I, 1922, t. II, 1923; t. III, 1925; 3^e édit. t. III, 1930.
- DURKHEIM. — De la division du travail social, 2^e édit., Paris, F. Alcan, 1902.
- FOUCART. — Eléments de Droits public et administratif.
- FAUCONNET. — La Responsabilité.
- L. GARDENAT et Salmon RICCI. — De la responsabilité civile, 1927.
- GENY. — Risque et Responsabilité.
- A. HENRY. — Administration et Fonctionnaires. Bruxelles, 1930.
- M. HAURIU. — Précis de droit administratif, diverses éditions.
12^e édit. 1933.
— Précis élémentaire de droit administratif, 4^e édit. 1938.
(Revue par André Hauriou).
- R. JACQUELIN. — Les principes dominants du contentieux administratif, 1899.
- G. JÈZE. — Les principes généraux du droit administratif 1914, 3^e édit. t. II : La notion de service public 1930; t. III : Le fonctionnement des services publics 1926.
- L. JOSSE RAND. — Cours de Droit civil positif Français, 3^e édit. 1139.
- E. LAFERRIÈRE. — Traité de juridiction administrative, 2^e édit. t. I et II 1896.
- H. LALOU. — Responsabilité civile, 2^e édit. 1932.
- LARNAUDE. — La théorie de la personnalité morale.
- H. et L. MAZEAUD. — Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle, 3^e édit. 1939.
- Mélanges HAURIU. — 1929.
- L. MICHOD. — La théorie de la personnalité morale : 1^e édit. t. I 1906; t. II 1909; 3^e édit. revue par L. Trotabas 1932.
- F. MOREAU. — Droit administratif, 1909.
- M. PLANIOL et G. RIPERT. — Traité pratique de droit civil français. Les obligations par Paul Esmein, t. I 1930; t. II 1931.

- RICARD. — Droit et jurisprudence en matière de postes, télégraphes, téléphones, Paris, Sirey, 1935, 32, 37.
- G. RIPERT. — La règle morale dans les obligations civiles, 2^e édit. 1927.
- L. ROLLAND. — Précis de droit administratif, 5^e édit. 1937.
- SAVATIER. — Traité de la responsabilité civile en droit français, 1940.
- A. SOURDAT. — Traité général de la responsabilité, 4^e édit. 1887.
- G. TEISSIER. — Responsabilité de la puissance publique. Répertoire Béquet 1906.
- TOCQUÉVILLE. — L'ancien Régime et la Révolution (2^e édit. Michel Lévy.
- TROTABAS. — Précis de science et de législation financière, 1939.
- VERMOREL. — Mirabeau, sa vie, ses opinions, ses discours (édition de la Bibliothèque Nationale).
- WALINE. — Manuel élémentaire de droit administratif 1939.

ARTICLES, CHRONIQUES

- J. BARTHÉLÉMY. — Sur l'obligation de faire ou de ne pas faire dans le droit public. Rev. Dr. P. 1912, p. 505.
- L'influence de l'ordre hiérarchique sur la responsabilité des agents. Rev. Dr. P. 1914, p. 405.
- BLAEVOET. — Des atteintes à la propriété privée en raison des travaux publics. Rev. Dr. P. 1929, p. 52.
- BLANCHE. — Article au journal *Le Droit* du 24 janvier 1875 sur la responsabilité des fonctionnaires (D. 1876.1.289).
- R. BONNARD. — Notions générales sur les attributions et les fonctions de l'Etat et sur les services publics. Rev. Dr. P. 1925, p. 1.
- Les droits publics subjectifs des administrés. Rev. Dr. P. 1932, p. 695.
- A. BOSC. — Les actes de gouvernement et la théorie des pouvoirs de guerre. Rev. Dr. P. 1926, p. 186.
- L. DELBÈZ. — De l'excès de pouvoir comme source de responsabilité. Rev. Dr. P. 1932, p. 441.
- J. DELPECH. — De la responsabilité envers l'Etat des fonctionnaires autres que les comptables. Mélanges Hauriou, p. 189.

- P. DUEZ. — La loi du 3 mai 1921 et la théorie générale de la responsabilité. Rev. Dr. P. 1922, p. 190.
- La théorie de la gestion privée dans l'application de la règle de la séparation des autorités administrative et judiciaire. Rev. Crit. 1923-24, p. 337.
- L. DUGUIT. — De la situation des particuliers à l'égard des services publics. Rev. Dr. P. 1907, p. 411.
- De la situation juridique du particulier faisant usage d'un service public. Mélanges Hauriou, p. 253.
- La question de la coexistence de la responsabilité de l'Etat et de la responsabilité des fonctionnaires. Rev. Dr. P. 1923, p. 23.
- P. ESMEIN. — La notion d'exercice des fonctions. Rev. crit. 1923-24, p. 199.
- La cause étrangère et la théorie du risque dans la responsabilité civile. D.H. 1934, Chr. p. 53.
- A. FLINIAUX. — Le cumul de la responsabilité de l'agent et de la responsabilité de la personne morale administrative. Rev. Dr. P. 1921, p. 333.
- A. GUILLOIS. — L'organisation de la juridiction administrative. Rev. Dr. P. 1923, p. 84.
- A. HENRY. — Dal. H. 1933, Chronique, La responsabilité des magistrats.
- G. JEZE. — Principes généraux du droit public français touchant la responsabilité personnelle des fonctionnaires publics à raison de leurs actes et tribunaux compétents pour connaître des actions en responsabilité dirigées contre eux. Rev. Dr. P. 1909, p. 263.
- De la responsabilité pécuniaire des patrimoines administratifs au cas de faute personnelle des agents publics. Du cumul des actions en responsabilité. Rev. Dr. P. 1914, p. 569.
- Le Commentaire de l'arrêt Poursines, Revue Droit public 1924, p. 601 et s.
- J. LAFERRIÈRE. — La réforme de la juridiction administrative. Rev. Dr. P. 1921, p. 109.
- P. LAROQUE. — Les conflits d'attributions. Rev. Dr. P. 1932, p. 5.
- L. MAZEAUD. — L'assimilation de la faute lourde au dol. D.H. 1933, Chr. p. 49.

- A. MESTRE. — Recherches sur l'exception d'illégalité. *Mélanges Hauriou*, p. 567.
- Faute administrative et faute pénale. *D.H. Chr.* 1935, p. 57.
- La loi française du 20 avril 1932 sur le Tribunal des Conflits. *Mélanges Paul Negulesco*, 1935.
- L. MICHOD. — De la responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents. *Rev. Dr. P.* 1895, I, p. 401 à 429, II, p. 1 à 31 et 251 à 285.
- M. PICARD. — La responsabilité de l'Etat, des départements et des communes dans les accidents d'automobiles. *Rev. Gén. des Ass. terr.* 1932, p. 461.
- M. PLANIOL. — Etudes sur la responsabilité civile. *Rev. crit.* 1905, p. 277 et s.; 1906, p. 80 et s.; 1909, p. 282.
- Ch. RABANY. — Les types sociaux: le fonctionnaire, in *Revue Internationale de Sociologie*, 1906, p. 897.
- H. RIPERT. — Les rapports de la police et de la gestion. *Rev. Dr. P.* 1905.
- RIVERO. — Le maire, exécuter des délibérations du Conseil municipal, in *Rev. critique de Législation et de Jurisprud.*, 1937, p. 535.
- ROLLAND. — La responsabilité des communes en cas de troubles. *R.D.P.* 1913, p. 350.
- La loi du 17 avril 1919 sur la réparation des dommages causés par les faits de guerre. *R.D.P.* 1919, p. 367.
- La réaction contre les abus du favoritisme. *R.D.P.* 1911, p. 571.
- Les réponses proposées à la loi de 1884. *R.D.P.* 1912, p. 752.
- R. SAVATIER. — Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels. *D.H.* 1931 *Chr.* p. 9.
- G. SCELLE. — Etude sur la responsabilité de l'Etat législateur. *Revue Droit Public*, 1913, p. 637.
- M. SIBERT. — Principes généraux sur la situation juridique des fonctionnaires anglais, *R.D. P.* 1911, p. 209.
- J. THEIS. — Le tribunal des conflits juge du fond. *Rev. Dr. P.* 1932, p. 491.
- L. TROTABAS. — Rapport général au congrès international de droit comparé à la Haye (2-6 août 1932) sur la responsabilité de l'Etat en droit interne. *Rev. Dr. P.* 1932, tirage spécial.
- M. WALINE. — De la situation juridique de l'usager d'un service public. *Rev. crit.* 1933, p. 236.

THESES

- AGARD. — Documents relatifs aux indemnités. Toulouse, 1911.
- BERTEAUD. — La responsabilité personnelle des fonctionnaires envers les particuliers. Bordeaux 1922.
- BETTINGER. — Le Conseil de préfecture, juge de contentieux départemental et communal, Paris 1925.
- P. COT. — La responsabilité civile des fonctionnaires. Paris 1922.
- DEFRENOIS. — La faute du service public. Bordeaux 1937.
- DIYANACH. — La responsabilité civile des fonctionnaires en droit français, Rennes 1935.
- DOBY. — Le recours des administrations publiques contre les tiers responsables d'accidents survenus à leurs agents, Sirey, 1931.
- DUPEYROUX. — Faute personnelle et faute du service public, Paris 1922.
- DESGRANGES. — Essai sur la notion de voie de fait en droit administratif français. Poitiers 1937.
- Y. GESTIN. — Le cumul de la responsabilité de l'agent et de la responsabilité de la personne morale administrative. Rennes 1928.
- A. GUFFROY DE ROSEMONT. — La responsabilité des maires. Paris 1912.
- J. LUCHET. — L'arrêt Blanco. Nancy 1935.
- J. MASTEAU. — La responsabilité de l'Etat. Poitiers 1927.
- MATHIOT. — Les accidents causés par les travaux publics. Paris 1934.
- A. MESTRE. — De l'autorité compétente pour déclarer l'Etat débiteur. Paris 1899.
- PIGNIER. — Principes de compétence en matière de responsabilité administrative. Paris 1932.
- PLANTE. — De la mise en jugement des fonctionnaires. Toulouse 1910.
- ROQUES. — De la notion d'enrichissement sans cause en droit administratif. Montpellier 1930.
- G. SCELLE. — De l'influence des considérations d'utilité publique sur le contrat, Paris 1906.

J.C. SCHMIDT. — Faute civile et faute pénale. Paris 1928.

M. SIBERT. — Le concours comme mode juridique de recrutement de fonctionnaires, Paris 1912.

SOURDOIS. — De l'évolution, du fondement et de l'étendue de la responsabilité de l'Etat agissant dans l'exercice de la puissance publique. Bordeaux 1908.

TIRARD. — De la responsabilité de la puissance publique. Paris 1906.

Nous n'avons point dressé la liste des notes de jurisprudence et des conclusions de commissaires du Gouvernement auxquelles cependant, nous avons eu fréquemment recours. Les renvois nécessaires sont faits, le cas échéant, par notes.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	5
--------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

Aperçu sur la responsabilité civile de la puissance publique et de ses agents

CHAPITRE I. — Responsabilité civile des personnes morales de droit public.....	25
CHAPITRE II. — Responsabilité civile des fonctionnaires.	43
CHAPITRE III. — La faute personnelle.....	51
CHAPITRE IV. — La faute de service.....	65
CHAPITRE V. — Le cumul des responsabilités.....	81

DEUXIÈME PARTIE

La responsabilité civile des agents administratifs vis-à-vis de l'Etat et de la Commune

CHAPITRE I.	
<i>Section I</i> : § 1. Données du problème.....	91
<i>Section II</i> : § 2. Le statut des fonctionnaires.....	109
CHAPITRE II. — La responsabilité civile prévue par les textes	119
<i>Section I</i> : § 1. De la responsabilité civile des comptables	121
§ 2. Responsabilité des Intendants, des Commissaires de la marine et des Commissaires des troupes colo- niales en ce qui concerne les frais de route.....	140
<i>Section II</i> : Responsabilité particulière de certains fonctionnaires.	
§ 1. Responsabilité civile des ministres.	145
§ 2. De la responsabilité des instituteurs	150
§ 3. La responsabilité des magistrats..	159

CHAPITRE III. — Solutions en l'absence de textes.

Section I : Les fonctionnaires d'Etat: les solutions traditionnelles et leur évolution.

§ 1. Leurs principes..... 167

§ 2. L'aménagement des principes : la subrogation 178

Section II : La responsabilité civile des maires.... 185

§ 1. Arrêt de Kervéguen..... 189

§ 2. Arrêt Magnon..... 192

CHAPITRE IV. — La règle de l'irresponsabilité des fonctionnaires et sa valeur..... 205

Section I : Le fondement et la portée juridiques de la règle de l'irresponsabilité..... 207

Section II : La règle de l'irresponsabilité et les conditions d'une saine administration 213

CHAPITRE V. — Solutions proposées..... 219

Section I : Le problème de fond..... 221

Section II : Le problème de compétence..... 229

CONCLUSION GÉNÉRALE..... 223

BIBLIOGRAPHIE 237

ERRATA

- Page 49. — 13^e ligne, au lieu de : *Le Pelletier*, lire : *Pelletier*.
- » 91. — Au lieu de : *Chapitre VI. Section I. § 1. - Données du problème*, lire : *Chapitre I. Exposé de la Question. Section I. — Données du problème*.
- » 106. — 10^e ligne, au lieu de : *n'adulcore pas*, lire : *n'édulcore pas*.
- » 109. — Au lieu de : *Section II. § 2. - Le statut des fonctionnaires*, lire : *Section II. Le statut des fonctionnaires*.
- » 146. — 1^{re} ligne, au lieu de : *du 25 mars 1917*, lire : *du 25 mars 1817*.
- » 176. — 11^e ligne, au lieu de : *à l'indemnité de sources*, lire : *à l'identité de sources*.
- » 179. — 28^e ligne, au lieu de : *ne faire que*, lire : *ne fait que*.
- » 227. — 16^e ligne, au lieu de : *l'attitude défectueuse d'agent*, lire : *l'attitude défectueuse d'un agent*.
- » 237. — Dans la Bibliographie, parmi les Ouvrages de fond, à l'auteur ALLIX, ajouter : *Traité élémentaire de Sciences des Finances et de Législation financière française*, 1931.
-

Imp. GOUÉZ
92, Rue Amelot
PARIS (11°)
